

Praktisch gesproken
Alledaagse civiele rechtspleging
als praktische oordeelsvorming

R.C. Hartendorp

Praktisch gesproken

Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming

© 2008 R.C. Hartendorp

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch of door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photocopy, microfilm or any other means without prior written permission from the author.

Layout and print: Optima Grafische Communicatie, Rotterdam, The Netherlands

*Praktisch gesproken
Alledaagse civiele rechtspleging als praktische
oordeelsvorming*

*Practically Spoken
Everyday Civil Procedure as Practical Decisioning*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam

op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 17 april 2008 om 16.00 uur

door

Rogier Cornelis Hartendorp

geboren te Den Helder



Promotiecommissie

Promotor: Prof.mr. J.M. van Dunné

Copromotor: Dr. H.C. Wagenaar

Overige leden: Dr. A.F.M. Brenninkmeijer
Prof.mr. N.J.H. Huls
Prof.mr. M.A. Loth

Voorwoord

‘Als je aan een promotieonderzoek begint denk je dat je alles weet, en als je klaar bent, denk je dat je niets weet.’ – Terence Tao¹

De alledaagse oordeels- en besluitvorming van de civiele rechter is het onderwerp van deze studie. Voordat ik dit onderwerp inhoudelijk zal verkennen, wil ik graag eerst kort toelichten waarom ik nou juist dit onderwerp voor een promotie-onderzoek gekozen heb. Wat brengt iemand ertoe zich meer dan zes jaar te verdiepen in *alledaagse* civiele rechtspleging? Als een jongeman zonodig de beste jaren van zijn leven wil wijden aan een promotie-onderzoek, moet hij zich dan niet op een spannender onderwerp richten? Zijn de megaprocessen in het strafrecht met bozige advocaten, blitse *crime fighters*, grote media-aandacht, anonieme getuigen en zwijgende verdachten niet veel aansprekender? Of wat te denken van de zaken van de Ondernemingskamer waarin grote financiële belangen op het spel staan? En dan nog maar te zwijgen over het internationale strafrecht dat geleidelijk door de jurisprudentie van het Joegoslavië-tribunaal, het Internationale Strafhof en andere internationale colleges tot wasdom wordt gebracht.

Veel onderzoekers hebben een blinde vlek voor alledaagse zaken. Waarom zou een onderzoeker immers zijn tijd moeten besteden aan onderwerpen die nauwelijks problemen lijken op te leveren. In de rechtswetenschap is deze blinde vlek mogelijk nog pregnanter dan in andere wetenschappelijke disciplines. Rechtswetenschappers richten zich hoofdzakelijk op de *landmark decisions* van de Hoge Raad die fascinerende namen dragen als ‘Hyster Karry Krane’, ‘Beijzelde loopkat’, ‘Onwaardige deelgenoot’ – dat op zichzelf al een spannend jongensboek is – of ‘Jansen versus Jansen of de dwarse kast’; stuk voor stuk prachtige titels voor een volgende *Suske en Wiske*.² De academische aandacht richt zich voornamelijk op niet-alledaagse zaken, omdat deze de grenzen van juridische leerstukken markeren. En het is de taak van rechtswetenschappers en praktijkjuristen deze grenzen te verkennen.

In alledaagse zaken gaat het er in de regel ogenschijnlijk veel kalmer aan toe dan in zojuist genoemde casussen. Dat wil echter niet zeggen dat deze zaken niet spannend zijn; het spektakel ligt niet aan de oppervlakte, maar is verborgen in hun alledaagse karakter. Wat je niet ziet, wat deze zaken zo gewoon maakt, is juist bijzonder. Het feit dat dagelijks talloze ‘gewone’ zaken veelal tot een bevredigend einde worden gebracht is hiervan een illustratie. Een nadere analyse van alledaagse zaken, zo zullen wij in hoofdstuk 1 zien, leert dat het helemaal niet

1 In interview met Van der Heijden (2007).

2 Het gaat om de volgende arresten: HR 26 juni 1953, HR 9 januari 1987, HR 7 december 1990 respectievelijk HR 12 mei 2000.

vanzelfsprekend is dat zaken op deze wijze worden afgerond. Juist het feit dat deze zaken geen grote ophef veroorzaken maakt ze interessant en bijzonder. In dit vanzelfsprekende, alledaagse karakter zit dan ook de schat van de rechtspraak verborgen. En schatgraven, zo leert ieder kind, is een buitengewoon spannende activiteit.

Het schrijven van een proefschrift is niet alleen een spannende, maar bovenal een teleurstellende activiteit. Bij aanvang zijn de verwachtingen hooggespannen. Boekenkasten gevuld met interessante literatuur staan uitnodigend klaar om gelezen te worden en er is oneindig veel onderzoeksmateriaal te verzamelen. Al gauw blijkt dat de boekenkasten zich sneller vullen met nieuwe boeken en tijdschriften dan een normaal mens kan weglezen en dat het verzamelen van data buitengewoon tijdrovend is. Het heeft mij twee jaar gekost om deze situatie onder te ogen te zien en nog eens twee jaar om deze teleurstelling te verwerken. In de resterende twee jaar heb ik het boek geschreven en afgerond. Het schrijven van een proefschrift is dan ook vooral een les in bescheidenheid, geduld en doorzettingsvermogen. Die lessen zijn misschien wel waardevoller dan de 'wetenschappelijke kennis' die ik de afgelopen jaren heb opgedaan.

Dit project zou ik nooit tot een einde hebben kunnen brengen zonder de hulp en medewerking van vele personen. Allereerst gaat mijn dank uit naar de rechters en secretarissen die allen met veel enthousiasme en openhartigheid hebben meegewerkt aan dit onderzoek. Hoewel de rechtspraak een geliefd onderwerp van onderzoek is, kijken weinig onderzoekers achter de schermen van de rechtspraak. Ik realiseer mij hoe bijzonder het is dat ik een kijkje in de keuken heb mogen nemen. Ook gaat mijn dank uit naar de leiding van sectoren civiel van de rechtbanken Klein-, Middel- en Grootstad die mij het vertrouwen gegeven hebben om dit onderzoek uit te voeren.

Dit proefschrift valt samen met de namen van mijn begeleiders, Jan van Dunné en Henk Wagenaar. Beiden wil ik hartelijk danken voor de (vrije) tijd die zij in mijn begeleiding gestopt hebben. In 1994 heb ik voor het eerst kennis gemaakt met Jan van Dunné tijdens de colleges inleiding privaatrecht. Hoewel ik achteraf betwijfel of ik toen helemaal de kwintessens van het denken van de 'Rotterdamse School' begreep, sprak mij de kritische benadering zeer aan. Jan van Dunné dwong zijn (propedeuse)studenten om zelf te blijven nadenken en wetgeving en jurisprudentie aan het eigen rechtsgevoel te toetsen. Het is een voorrecht om dit proefschrift bij Jan van Dunné geschreven te hebben. Zijn belezenheid en brede kijk op het recht en de rechtspraak hebben mij enorm geïnspireerd.

Henk Wagenaar heb ik in 1998 ontmoet in het kader van mijn doctoraalscriptie bestuurskunde. Met veel plezier kijk ik terug naar de vele uren die wij toen hebben besteed aan de analyse van bandopnames van gesprekken met bijstandsamtenaren. Van Henk heb ik geleerd dat grote theorieën verpakt zijn in de kleinste details en dat het de taak is van een wetenschapper deze details in kaart te brengen en met behulp van heldere argumentatie de achterliggende betekenissen inzichtelijk te maken. Op de momenten waarop ik binnen dit onderzoek tegen

mijn eigen grenzen aanliep, kon ik altijd terecht bij Henk Wagenaar. Zijn scherpzinnigheid, oog voor detail en creativiteit hebben mij keer op keer op het juiste pad teruggebracht.

Ook gaat mijn dank uit naar mijn voormalige werkgever Clifford Chance en de Raad voor de rechtspraak, mijn huidige werkgever, voor de ruimte die zij mij geboden hebben om dit onderzoek te kunnen doen. In het bijzonder ben ik de Raad voor de rechtspraak erkentelijk voor de maanden die ik ben vrijgesteld om veldonderzoek te doen en om een basis te leggen voor dit boek. De Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam, en vooral leden van de (toenmalige) vakgroep Privaatrecht I, wil ik hartelijk bedanken voor de verleende gastvrijheid. De leden van de kleine commissie, Bart Diephuis en Frans van Dijk wil ik hartelijk danken voor het lezen en kritisch becommentariëren van het manuscript. Eddy Bauw wil ik bedanken voor zijn vele adviezen over de organisatie achter het doen van onderzoek. Mijn Nederlandse Amerikanen ben ik zeer erkentelijk voor het corrigeren van de *summary*. Het is goed dat jullie weer terug zijn.

Dit project had ik nooit kunnen voltooien zonder de hulp van mijn familie en schoonfamilie. Dit geldt vooral voor de hulptroepen op wie ik vaak een beroep gedaan heb om mijn Nienkedag over te nemen of om Nienke onderdak te bieden als ik weer eens een weekend nodig had om in rust aan het 'boek' te werken. Ook Nienke, afgelopen tweeenhalf jaar ons kleine zonnetje in huis, heeft een onschatbare bijdrage geleverd. Met de extra energie die zij mij gegeven heeft, heb ik dit onderzoek kunnen afronden. In de laatste plaats zijn de onvoorwaardelijke steun, alle hulp en adviezen van Marieke de constante factor in het hele traject geweest. Zij heeft mij in 2001 ertoe aangezet dit proefschrift te schrijven, mij aangemoedigd door te gaan op de momenten dat ikzelf weinig vertrouwen had in een goede afloop en ervoor gezorgd dat ik regelmatig niet met het onderzoek bezig was. Dit boek is dan ook haar boek.

Den Haag, februari 2008

Inhoudsopgave

Voorwoord	5
Inhoudsopgave	9
Proloog	13

Hoofdstuk 1: Het denken over rechterlijke oordeelsvorming

1.1	Inleiding	19
1.2	Een anatomie van het rechterlijk oordeel	19
1.3	Een diagnose van het denken over rechterlijke oordeelsvorming	23
1.3.1	Kenmerken van de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming	23
1.3.2	Kritiek op de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming	26
1.4	Het rationeel-positivistische fundament onder het denken over rechterlijke oordeelsvorming	29
1.4.1	Het rationeel-positivistische kennismodel	30
1.4.2	Invloed van het rationeel-positivisme op het denken over rechterlijke oordeelsvorming	33
1.5	Het falen van het rationeel-positivistische kennismodel	35

Hoofdstuk 2: Ontwikkelingen in de rechterlijke organisatie

2.1	Inleiding	39
2.2	Ontwikkelingen in de rechtspraak	40
2.2.1	Het toegenomen zaaksaanbod	40
2.2.2	De verkorting van de doorlooptijden	41
2.2.3	Meer aandacht voor kwaliteit	42
2.2.4	Een andere taakopvatting van de civiele rechter	43
2.2.5	De modernisering van de rechterlijke organisatie	44
2.3	Analyse van de ontwikkelingen	45
2.3.1	Het bedrijfseconomisch jargon	45
2.3.2	Interactie en responsiviteit als rechterlijke vaardigheden	46

2.3.3	De bureaucratisering van de rechtspraak en de verambtelijking van de rechterlijke professie	47
2.4	Rechtspraak als praktische oordeelsvorming	49
2.4.1	Handelingen	50
2.4.2	Stilzwijgende achtergrondkennis	51
2.4.3	Belichaming	53
2.4.4	Praktische oordeelsvorming	54
2.5	Probleemstelling	54
2.5.1	Centrale vraag	55
2.5.2	Methodologische verantwoording	55
2.5.3	Leeswijzer	59

Hoofdstuk 3: Holmes en Scholten

3.1	Inleiding	61
3.2	Oliver Wendell Holmes	61
3.2.1	‘The life of the law has not been logic; it has been experience’	63
3.2.2	‘I detest a man who knows that he knows’	65
3.2.3	‘The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law’	66
3.2.4	‘It is the merit of common law that it decides the case first and determines the principle afterwards’	67
3.3	Paul Scholten	69
3.3.1	‘Recht is uit zijn aard een poging tot gerechtigheid, een poging die evenwel gedoemd is, altijd poging te blijven’	71
3.3.2	‘Het is beter het gebrekkige te accepteren dan een schijn van zekerheid aan te gapen’	72
3.3.3	‘Recht vertoont voortdurend het dubbele karakter van zijn en behoren’	74
3.3.4	‘Eerst met de beslissing is de regel gegeven’	76
3.3.5	‘Recht vinden is altijd tegelijk én intellectueel én intuïtief zedelijk werk’	78
3.4	Synthese	80

Hoofdstuk 4: De regels

4.1	Inleiding	83
4.2	Lening op naam	84
4.3	Regeltoepassing als handelingspraktijk	86
4.3.1	Kritiek op het rationalisme: regels zeggen niets over hun eigen toepassing	87
4.3.2	Regeltoepassing is een praktijk	88
4.3.3	Regeltoepassing is intelligent, reflexief handelen	89
4.4	Achtergrondkennis	91
4.4.1	Betekenisverlening vereist voorbegrip	92
4.4.2	Het recht als systeem van betekenisverlening	95
4.4.3	Geactualiseerd begrip	97
4.5	Analyse casus 'Lening op naam'	100

Hoofdstuk 5: De feiten

5.1	Inleiding	105
5.2	Niet-betaalde termijnen	108
5.3	Feiten zijn afhankelijk van normen	109
5.3.1	De kenmerken van het feitenonderzoek	110
5.3.2	Het normatieve karakter van feiten	113
5.3.3	Feitenconstructie is een retorische handelingspraktijk	119
5.4	Analyse casus 'Niet-betaalde termijnen'	121

Hoofdstuk 6: De beslissing

6.1	Inleiding	127
6.2	Kerstversiering	128
6.3	De beslissing als gesitueerd handelen	131
6.3.1	Setting	132
6.3.2	De actor vormt een onlosmakelijk geheel met zijn omgeving	136
6.3.3	Besluitvorming als proces van groeiende overtuiging	139
6.4	Het routinematige karakter van beslissingen	143

6.4.1	Individuele routines	144
6.4.2	Collectieve routines en sociaal handelen	146
6.4.3	Routines als basis voor creatief en momentaan handelen	149
6.5	Kennis	152
6.5.1	Verschillende kennisvormen	152
6.5.2	Praktisch kennen	156
6.5.3	Spelgevoel	159
6.6	Morele oordeelsvorming	161
6.6.1	Morele oordeelsvorming als handelingspraktijk	162
6.6.2	Praktische wijsheid	166
6.7	Analyse casus 'Kerstversiering'	172

Hoofdstuk 7: Conclusies

7.1	Inleiding	181
7.2	Evaluatie praktische oordeelsvorming	182
7.2.1	Wat heeft het perspectief van praktische oordeelsvorming opgeleverd...	182
7.2.2en is dit een aanvulling op het rationeel-positivistische perspectief?	187
7.3	Implicaties voor de rechtspraktijk en de onderzoeksagenda	190
7.3.1	Rechtspraktijk	190
7.3.2	Agenda van onderzoek rechterlijke oordeelsvorming	196

Epiloog	199
Samenvatting	205
Summary	211
Literatuurlijst	217
Index	233
Curriculum Vitae	237

Proloog

Het fietsongeval – de comparitie

Rechter Bernard de Jong, sinds 2002 rechter bij de rechtbank Middelstad, heeft zich voorbereid op een comparitie over een fietsongeval.³ Twee fietsers zijn tegen elkaar aangereden met ernstig letsel van één van beiden als gevolg.⁴ Het dossier is dun: een dagvaarding, een kopie van een verzekeringsformulier, twee schriftelijke verklaringen van getuigen en een korte conclusie van antwoord. De Jong kwalificeert de zaak als eenvoudig.

Johan Binnendijk, een man van begin vijftig werkzaam op de financiële afdeling van een landelijk bekende uitgeverij uit Achterdam, rijdt op 15 mei 2003 rond een uur of half zes met de fiets van zijn werk terug naar zijn huis in Voorberg. Het was een prettige voorjaarsdag; niet al te warm maar het was al goed te merken dat de zon aan kracht won. Binnendijk gaat in het voorjaar en de zomermaanden met de fiets naar het werk, tenzij het hard regent of er te veel wind staat. De afstand tussen de uitgeverij en zijn huis is ongeveer acht kilometer. Om deze afstand zo snel en comfortabel mogelijk af te leggen, heeft Binnendijk twee jaar geleden een lichtgewicht hybride stads- en recreatiefiets met acht versnellingen aangeschaft. Op deze fiets heeft hij een triatlonstuur geplaatst.

De mooie voorjaarsdag had velen gestimuleerd om het goede voornemen vaker met de fiets naar het werk te gaan waar te maken. Die dag was het op de fietspaden dan ook drukker dan gebruikelijk. Bij de kruising van het fietspad dat parallel loopt aan de provinciale weg van de drukkerij naar de plaats waar Binnendijk woont, en de drukke provinciale weg die Middelstad met de snelweg verbindt, stond een groepje fietsers te wachten voor het rode stoplicht. Als het licht op groen springt, zetten de wachtende fietsers zich in beweging. Binnendijk profiteert van

3 De comparitie in deze casus heb ik in mijn onderzoek bij de rechtbank Middelstad geobserveerd. De namen van betrokkenen en referenties die tot de zaak kunnen herleiden, zijn gefingeerd. Het vonnis in deze zaak is niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

4 Opvallend is de parallel met het arrest Lutz – Zorgverzekering Gouda (HR 24 december 1999, NJ 2000, 428). In deze casus rijdt een paar fietsers op een rotonde tegen het verkeer in. Een tegemoetkomende racefietser komt in botsing met een van de fietsers en komt vervolgens ten val. Aan dit ongeval houdt de racefietser schade in de vorm van een fractuur over. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat: “het op een fietspad rijden in de verboden rijrichting een onrechtmatige gedraging is die in het algemeen het gevaar voor verkeersongevallen vergroot. Indien dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het geval in beginsel gegeven; het is dan aan de overtreder om te stellen en te bewijzen dat het ongeval ook zonder dat verkeersgedrag zou zijn voorgevallen.” In de casus Fietsongeval, zo zullen wij hieronder zien, ligt de kwestie wie van de fietsers zich onzorgvuldig gedragen heeft, een stuk complexer.

de tijdelijke verbreding van het fietspad op de oversteekplaats, haalt een fietser in en vindt aansluiting bij twee onbekende fietsers die ook richting Voorberg rijden. Deze fietsers rijden naast elkaar, Binnendijk net daarachter in hun slipstream. Het fietspad richting Voorberg bestaat uit twee rijrichtingen. De rijstroken worden gescheiden door een onderbroken middenstreep. Een haag schermt de fietsers van de automobilisten af en aan de andere zijde van het fietspad ligt een greppel. De rijstroken zijn breed genoeg om met twee fietsen naast elkaar te kunnen rijden. De voorste fietsers zien in de verte een jongen van een jaar of zeventien de rug voor hen uitrijden. Deze jongen is luid aan het zingen en rijdt slingerend over het fietspad. Het lijkt erop dat deze jongen meer bezig is met zijn vocale prestaties dan met de andere weggebruikers.

Kishan Koederaï is vrolijk vandaag. Nog één dag naar school en dan begint het weekend. Daarnaast heeft hij een achtenhalf voor zijn boekbespreking van 'Im Westen nichts Neues' gekregen.⁵ Hij heeft veel tijd in deze bespreking gestoken en met dit cijfer heeft hij Duits uit de gevarenzone geholpen. Hiermee komt het eindexamenjaar, dat in september begint, weer meer in zicht. Na school is hij nog even bij een vriend in Middelstad geweest om muziek te luisteren. Met het mooie cijfer op zak kon hij zich wel een middag vrij veroorloven. Rond half zes stapt hij op de fiets om op tijd thuis te kunnen zijn voor het avondeten. Omdat zijn eigen fiets een leuke band heeft, heeft hij de fiets met boodschappentassen van zijn moeder geleend. Kishan woont bij zijn ouders in Voorberg dat ongeveer een half uur fietsen van Middelstad is. Het fietspad langs de provinciale weg is de snelste route naar Voorberg. Een groepje fietsers nadert hem van achteren. De heren rijden met een hoge snelheid en de achterste heeft een racefiets met een triatlonstuur. Het lijkt erop dat de heren meer oog hebben voor hun snelheidsmeter dan de voor andere weggebruikers.

"Goedemiddag, mijn naam is De Jong, de rechter in deze zaak. Vandaag is in deze comparitie een fietsongeluk aan de orde waarbij u beiden betrokken bent. Voordat wij met de inhoudelijke behandeling van de zaak beginnen, wil ik eerst uw personalia controleren. Als het klopt dan bent u Johan Binnendijk, de eiser in deze zaak," vraagt De Jong aan de partij die links tegenover hem zit in de enquêtekamer die net iets te krap is voor het aantal aanwezige personen. "Dat is juist" zegt Binnendijk. "En u wordt bijgestaan door meester Van Dam," vult De Jong aan. De advocaat van Binnendijk knikt bevestigend. "En u bent Kishan Koederaï samen met meester Smit." Ook deze vraag wordt bevestigend beantwoord. "Ik heb mijn kantoorgenoot Kruijthof meegenomen," zegt Smit die een handgebaar maakt naar de jonge advocaatstagiair schuin achter hem. "Goed, dan kunnen we beginnen. Als ik de stukken goed gelezen heb, dan begrijp ik dat u op 15 mei 2003 met elkaar in botsing gekomen bent op het fietspad langs de Voorbergseweg. De heer Koederaï is er zonder noemenswaardig letsel vanaf gekomen. Dit geldt echter niet voor u meneer Binnendijk." Binnendijk knikt instemmend en buigt naar voren om een toelichting te geven, maar De Jong gaat verder. "Uit het dossier maak ik op dat u een hersenschudding, een hoofdwond en een heup-

5 Dit beroemde boek is van de hand van de Duitse schrijver Erich Maria Remarque (1929/2005).

fractuur heeft opgelopen. Hoe gaat het nu met u, meneer Binnendijk?” “Het gaat nu wel weer redelijk” zegt Binnendijk “hoewel het nooit meer helemaal goed zal komen. Na het ongeluk heb ik bijna twee weken in het ziekenhuis gelegen en ik heb drie maanden niet kunnen werken. De breuk in mijn linkerheup is niet goed genezen. Ik kan nog wel fietsen en wandelen maar bijvoorbeeld niet meer voetballen. Volgens mijn arts is er een risico dat in de toekomst kopnecrose optreedt. Dit betekent dat de kop van mijn linkerheup door een slechte doorbloeding afbreekt. Kopnecrose kan leiden tot ernstige blijvende invaliditeit. Veel mensen eindigen in een rolstoel.” “Vervelend,” zegt De Jong waarna hij een korte stilte laat vallen. “U stelt dat het ongeluk het gevolg is van onzorgvuldig rijgedrag van Koederai. In de dagvaarding lees ik verder dat u een verklaring voor recht vordert en een schadevergoeding van duizend euro. Deze vergoeding is bedoeld voor de schade aan uw fiets en kleding.”⁶ Binnendijk knikt instemmend. “Akkoord, dan nu terug naar 15 mei 2003. Meneer Binnendijk vertelt u eens wat er is gebeurd. Begint u bij het begin.”

“Ik kwam uit mijn werk. Bij het stoplicht op de kruising van de Middelstadsestraat en de Voorbergseweg stonden een paar fietsers te wachten tot het licht groen zou worden. Toen ik kwam aanfietsen versprong het licht. Ik heb mij toen aangesloten bij twee fietsers die in de richting van Voorberg fietsen.” “Kende u deze fietsers?” vraagt De Jong. “Nee, het waren onbekenden voor mij. Door het ongeluk weet ik wel hoe zij heten, omdat ze hun naam en telefoonnummer hebben doorgegeven voor het geval ze nog een keer als getuigen zouden moeten optreden. Zij onderschrijven mijn lezing van het verhaal.” Terwijl Binnendijk vertelt, maakt De Jong aantekeningen. Op basis van deze aantekeningen zal hij aan het einde van de comparitie in aanwezigheid van partijen het proces-verbaal voorlezen dat door de griffier ter plaatse wordt uitgewerkt. “En vertelt u eens hoe het toen verder ging. U reed met zijn drieën richting Voorberg. Hoe ging dat?” Binnendijk vertelt dat de andere twee fietsers naast elkaar reden en hij er achter. “We reden met een normale snelheid.” “In het dossier lees ik dat u in een ‘treintje’ reed.” “Nee zeker niet. Ik deed aan sportfietsen, dat kan nu niet meer door dit ongeluk, dus ik weet heel goed hoe dat gaat. In dit geval reden de twee heren voor mij en ik er achter. Ik weet zeker dat ik op de linker rijstrook reed op het moment dat ik Koederai wilde inhalen.” “U zei net dat u een normale snelheid reed. Wat is in uw ogen een normale snelheid? Kunt u zich nog herinneren hoe hard u reed?” “Nee, dat weet ik niet meer precies,” antwoordt Binnendijk. “Misschien reden wij iets sneller dan de gemiddelde fietser, zo’n 30 kilometer per uur, maar we gingen zeker niet zo snel als racefietsers.”

“En toen passeerde u de heer Koederai?” vraagt De Jong aan Binnendijk. “Ja, dat klopt. Hij lette niet op en toen ik voorbij kwam, week hij plotseling uit. Volgens mij was hij aan het zingen. Ik kon op geen enkele manier uitwijken. Toen is zijn trapper in mijn voorwiel terecht gekomen

6 Uit het casusmateriaal wordt niet duidelijk of Koederai bij een toewijzing van de vordering zijn kosten kan verhalen op zijn verzekeraar. Zie in dit verband ook HR 4 mei 2001, RvdW nr. 99 (Fietspad Deventer). In deze casus hebben beide verkeersdeelnemers (een fietser en een bromfietser) een verkeersfout gemaakt; de laedens was voor 100% verzekerd terwijl de gelaedeerde maar voor een deel verzekerd was. In één van de rechtsoverwegingen in dit arrest, besteedt de Hoge Raad aandacht aan de verzekeringskwestie en de mogelijkheid van regres bij de verdeling van de causaliteit.

waardoor ik met mijn fiets over de kop geslagen ben. Van wat daarna gebeurd is, kan ik niet heel veel meer herinneren. Ik weet nog wel dat ik in de berm lag en ook van de rit naar het ziekenhuis heb ik nog een aantal vage beelden. Gelukkig heeft een mevrouw die vlak bij de plek van het ongeluk woont, telefoonnummers van getuigen verzameld en deze naar het ziekenhuis gestuurd. Toen heeft ook Koederai zijn nummer gegeven.” Vervolgens pakt Binnendijk een aantal foto's. “Later heb ik nog foto's gemaakt van de plek van het ongeluk. Misschien wilt u die zien.” “Ja, graag,” zegt De Jong die de foto's door Binnendijk aangereikt krijgt. “Komt u beiden even naar voren. Ook u meneer Koederai.” Binnendijk vertelt zijn verhaal nog een keer aan de hand van het fotomateriaal. De foto's geven aanleiding tot een aantal extra vragen die bedoeld zijn om opheldering te krijgen over de toedracht van het ongeluk. Koederai knikt af en toe instemmend en vult de toelichting van Binnendijk niet aan.

“Hartelijk dank voor uw toelichting. Neemt u de foto's maar weer mee,” zegt De Jong. “Graag zou ik nou van u horen wat er gebeurd is meneer Koederai.” “Nou, ik was gewoon aan het fietsen, en helemaal niet aan het zingen zoals die meneer net zei. Ik kan niet eens zingen dus dat is gewoon niet waar wat hij zei.” Deze opmerking irriteert Binnendijk zichtbaar. Hij zucht hoorbaar en mompelt. De Jong grijpt in. “U mag zo meteen reageren. Laat de heer Koederai eerst zijn verhaal doen. Meneer Koederai, begint u bij het begin.” “Je moet gewoon rustig vertellen wat er is gebeurd,” vult de advocaat van Koederai aan. “Ik was op weg naar huis en reed rechts. Ik slingerde niet. Toen kwamen er plotseling fietsers van achteren. De voorste had een racefiets. Dat weet ik zeker. Ze reden met z'n tweeën voorop. Eentje links en eentje rechts.” De Jong onderbreekt Koederai. “Kunt u zich nog herinneren hoe hard de heren reden?” “Nee, dat weet ik niet zeker, maar ze reden wel hard. Maar hoe snel kan ik niet vertellen.” “En reden de heren in ‘treintje’ zoals in de stukken staat?” “Twee reden voorop. En een derde daarachter. Ze reden met een behoorlijke vaart.” “Gaat u verder,” zegt De Jong terwijl hij een aantekening maakt. “En toen bleek er nog een derde fietser te zijn, die niet voldoende uitweek. Deze fietser had ik nog niet gezien. Hiervan schrok ik en ik probeerde nog uit te wijken. Dat is niet gelukt en toen bleef meneer Binnendijk in mijn trapper haken.” “U schrok. Waar schrok u precies van?” vraagt De Jong. “Ik probeer zo precies mogelijk in kaart te brengen wat er gebeurd is.” “Het ging allemaal heel snel. De eerste twee fietsers kwamen voorbij en toe verscheen opeens een derde fietser, meneer Binnendijk. Ik probeerde nog een ongeluk te voorkomen en weg te sturen, maar toen zat de trapper al in mijn spaken. Maar ik lette goed op en was niet aan het zingen of zo. Ik kan mij niet meer herinneren dat er gebeld is of dat iemand iets geroepen heeft. De fiets van Binnendijk was opeens op mijn weghelft. De fietsers reden gewoon heel snel. Maar ik reed goed aan de rechterkant. Misschien ben ik een beetje uitgeweken nadat de eerste twee fietsers voorbij waren gereden, maar dat is niet veel geweest.”

“Duidelijk. Wilt u nog meer vertellen dat ik moet weten, meneer Koederai?” “Nee,” antwoordt Koederai. “Meneer Binnendijk, wilt u nog iets kwijt?” Toen Koederai aan het woord was, schudde

Binnendijk een aantal keer met het hoofd. Uit zijn lichaamstaal viel op te maken dat hij zich stoorde aan de lezing van Koederai. "Jazeker. Dat dit ongeluk gebeurd is, is gewoon heel vervelend. Misschien kom ik als gevolg daarvan wel in een rolstoel terecht." De stem van Binnendijk slaat even over. "Koederai heeft nooit iets van zich laten horen. Ja, hij heeft een keer laten weten dat hij het heel erg vond, maar dat was pas nadat mijn advocaat een brief gestuurd had. Ook nu weer merk ik niet iets van spijt bij meneer Koederai. Ik zeg niet dat hij dit ongeluk opzettelijk veroorzaakt heeft, maar het stoort mij dat hij nooit wat van zich heeft laten horen." "Ja maar, ik heb nog geholpen na het ongeluk en 112 gebeld. En ik heb mijn telefoonnummer achtergelaten voor als er iets zou zijn. Ik wilde niet wegllopen of zo," riposteert Koederai. Er valt een korte stilte.

De Jong kijkt beide partijen aan en zegt: "Normaal zou ik vragen of u de zaak wilt proberen te schikken, maar gezien de aard van de vordering lijkt mij dat in deze zaak niet voor de hand te liggen." "Dat klopt", zegt Van Dam, de advocaat van Binnendijk. "Ook heb ik met cliënt gesproken over mediation, maar daarvoor ziet hij geen mogelijkheden." "Nee, dat begrijp ik" reageert De Jong. "Dat lijkt mij in dit geval ook niet voor de hand te liggen. Dat geldt ook voor u meneer Koederai? Ik kijk ook even naar uw advocaat." "Dat is juist. Mijn cliënt betwist dat hij onzorgvuldig reed. Met mijn confrère heb ik nog even gesproken over alternatieven, maar wij moesten vrij snel tot de conclusie komen dat er weinig mogelijk is." "Dan vraag ik of de griffier naar beneden komt voor het proces-verbaal." De Jong pakt de telefoon en belt met de administratie van zijn sector. Vervolgens zet hij alvast de computer aan zodat de griffier bij binnenkomst meteen aan het werk kan. Ook plaatst hij het beeldscherm dat hij voor de zitting op de grond gezet heeft, weer terug op het bureau. Als de enquêtegriffier zonder toga gearriveerd is en het juiste sjabloon op het beeldscherm heeft, dicteert De Jong het proces-verbaal en zegt tegen partijen: "Als u het ergens mee oneens bent, als ik iets vergeten heb te noemen of als iets niet duidelijk is, dan hoor ik dat graag van u." Na het proces-verbaal gedicteerd te hebben, leest De Jong de tekst nog een keer helemaal voor aan partijen. Binnendijk blijkt nog een kleine aanvulling te hebben. Deze wordt meteen verwerkt in het stuk. Vervolgens print de griffier het proces-verbaal en De Jong nodigt partijen uit deze te ondertekenen. Daarna zetten de rechter en de griffier hun handtekening onder het document.

"Ik ga mij beraden op deze zaak. Momenteel ben ik er nog niet uit of ik een bewijsopdracht geef of dat ik de zaak op basis van de informatie die ik heb afdoe. Daar moet ik nog even op studeren." Binnendijk reageert hierop. "De twee getuigen die ik eerder noemde zijn bereid een verklaring af te leggen. Dat hebben ze mij al laten weten." De Jong gaat niet op het aanbod in. "Akkoord, dan kom ik tot een afronding." "Hoe lang denkt u nodig te hebben voor uw vonnis?" vraagt meester Smit, de advocaat van Koederai. "Zou dat lukken binnen zes weken?" "Ja, dat moet wel lukken," belooft De Jong. "Ik zal mijn best doen het vonnis zo snel mogelijk af te maken. Dan wil ik u bedanken voor uw aanwezigheid vandaag en sluit ik de zitting. Dank u wel." Partijen en hun advocaten staan vervolgens op, groeten de rechter en de griffier en verlaten de

7 In de epiloog wordt het vonnis in deze zaak integraal – geanonimiseerd – weergegeven.

inmiddels warme enquêtekamer via het smalle pad tussen hun stoelen en het bureau waarachter de rechter en de griffier zitten.

Het denken over rechterlijke oordeelsvorming

‘Grau, teurer Freund, ist alle Theorie, und Grün des Lebens goldner Baum.’

– J.W. von Goethe⁸

1.1 Inleiding

Zoals aangekondigd in het voorwoord heeft het denken over rechterlijke oordeelsvorming een centrale plaats in dit onderzoek. Dit denken rust op een rationeel-positivistisch fundament. Omdat de uitgangspunten van dit paradigma niet goed aansluiten bij de praktijk van de civiele rechtspleging, hebben wetenschappers, beleidsmakers en bestuurders een te beperkt begrip van die praktijk. Voordat dieper wordt ingegaan op de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming, zullen allereerst de *mainstream* van het (wetenschappelijk) denken over rechterlijke oordeelsvorming en de onderliggende kennis- en handelingstheoretische fundamenten kort worden weergegeven. Hiervoor wordt begonnen met een korte analyse van het rechterlijk oordeel (paragraaf 1.2). Vervolgens wordt in paragraaf 1.3 de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming besproken. In paragraaf 1.4 wordt dieper ingegaan op het rationeel-positivistische karakter van het denken over rechterlijke oordeelsvorming. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een kritische beschouwing op het rationeel-positivistische fundament (paragraaf 1.5).

1.2 Een anatomie van het rechterlijk oordeel

In deze paragraaf zal ik aan de hand van de casus ‘Fietsongeval’ een niet-uitputtende opsomming geven van aspecten van de alledaagse praktijk van oordeelsvorming door de civiele rechter.

(1) De praktijk van rechterlijke oordeelsvorming is in hoge mate complex, dubbelzinnig, conflictueus, onbepaald en onvoorspelbaar (Loth, 1992: p. 27; Hartendorp en Wagenaar, 2004: p. 65; Kwak, 2005). De inzet in bovenstaande casus is de beslechting van een verschil van opvattingen over de toedracht van het ongeluk. De lezingen van eiser en gedaagde zijn

onverenigbaar. De rechter heeft geen mogelijkheden om het verloop van het ongeluk stap voor stap te reconstrueren. Ook een eventueel getuigenverhoor kan geen definitieve helderheid verschaffen. Getuigenverklaringen kunnen de zaak zelfs op zijn kop zetten, waardoor De Jong weer van voren af aan kan beginnen. De kwalificatie van de feiten, en daarmee het uiteindelijke oordeel, kan dus nooit met zekerheid worden vastgesteld.

(2) De rechter heeft geen archimedisches punt waaraan hij zijn oordeel kan staven. Wat recht is, wordt niet door het recht bepaald (Vranken, 1995: p. 69). Binnendijk stelt dat Koederaai zich als een onzorgvuldige verkeersdeelnemer gedragen heeft en dat het ongeluk hem toe te rekenen is. De rechter kan de norm zorgvuldig verkeersgedrag echter niet met zekerheid vaststellen. Het werk van de rechter heeft geen vaste bodem en is daarom intrinsiek onzeker (Loth, 2005: p. 77). Met behulp van een grotendeels stilzwijgend kader moeten de feiten worden gekwalificeerd en de rechtsregels worden gezocht. Door de intrinsieke onbepaaldheid van het materiaal waarmee de rechter moet werken, veronderstelt geactualiseerd rechtspreken nu eenmaal meer aarzelen dan weten (Schoordijk, 1972: p. 8). Hoewel De Jong deze zaak voorafgaand aan de comparitie als eenvoudig kwalificeerde, vertelde hij na afloop van de comparitie dat hij niet goed wist welke beslissing hij moest nemen. Met een bewijsopdracht aan een van de partijen zou hij de zaak feitelijk beslissen, omdat deze partij waarschijnlijk het bewijs niet kan leveren. Tegelijkertijd is het de vraag of in het dossier voldoende materiaal zit om de zaak op af te doen. Hij zou het dossier nog eens bekijken en de casus met een collega-rechter bespreken. Ook in dit geval geldt dat het recht een discursieve grootheid is, het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging (Vranken, 1995: p. 69).

(3) Tegenover de discursiviteit van het recht staat dat de rechter in het vonnis geen uiting kan geven aan zijn aarzelingen en twijfels omdat van hem een ondubbelzinnige beslissing wordt verwacht. “[T]he judge cannot present the law as being uncertain. She cannot hold that the law *might* be such and such. She must hold that the law *definitely is* as she applies it” (Eekelaar, 2002: p. 511).⁹ De rechter moet zijn beslissing met overtuiging, in de regel apodictisch, presenteren, terwijl deze beslissing niet meer kan zijn dan een voorlopig resultaat.

(4) De casus ‘Fietsongeval’ is exemplarisch voor de grote meerderheid van de zaken die ‘juridisch niet interessant zijn’ en alleen maar gaan ‘over wat gebeurd is’ (Drion, 1982: p. 377). De eerste- en een belangrijk deel van de tweedelijns rechtspraak gaat primair over de (juridische) interpretatie van het feitencomplex. Slechts in een klein deel van de zaken gaat het om de uitleg, de interpretatie en de reikwijdte van het recht.

9 De cursiveringen zijn van Eekelaar.

(5) Alle geschillen die aan een rechter worden voorgelegd zijn per definitie nieuw, moeilijk en telkens weer anders (Van Roermund, 2000: p. 227). Het fietsongeluk tussen Koederaï en Binnendijk heeft zich nooit eerder voorgedaan en zal zich nooit onder exact dezelfde omstandigheden herhalen. De uniciteit heeft altijd betrekking op de specifieke feitenconstellatie en in een enkel geval op een rechtsvraag die niet eerder in de rechtspraak aan de orde is geweest (Loth, 1992: p. 28). De rechter heeft geen standaardoplossing, hooguit één of meer preceden-ten die hij kan gebruiken bij de beoordeling van onderhavige casus. Deze preceden-ten dekken slechts een deel van de onderhavige casus en ook voor preceden-ten geldt dat zij niet hun eigen toepassingsbereik bepalen.

(6) Emoties spelen een belangrijke rol in geschillen die aan de rechter worden voorgelegd. De stekelige reacties van Binnendijk en de verontwaardiging van Koederaï zijn illustratief. In veel gevallen worden rechtszaken ingegeven door gevoelens die vaak een belangrijke drijfveer zijn om een procedure te starten en door te zetten. Het afstandelijke burgerlijk recht laat echter weinig ruimte voor dergelijke emoties (Vranken, 2005: p. 74). Rechter De Jong heeft tijdens de zitting wel met de emoties van partijen te maken, ook al kan hieraan in het recht en in het vonnis weinig uitdrukking gegeven worden. Dit levert een spanningsveld op dat hij moet zien te beheersen.

(7) Achter de meeste zaken gaat een waardenconflict schuil (Loth, 1992: p. 28). Dit geldt ook voor de casus 'Fietsongeval' waarin verschillende waarden(conflicten) op het spel staan. Het eerste waardeconflict ziet op het botsen van het uitgangspunt dat een ieder zijn eigen schade draagt versus het beginsel dat schade op derden moet kunnen worden verhaald. Het andere waardenconflict ziet op een schuldenvrij bestaan versus de verzekeraarbaarheid van risico's. De vraag speelt dus mee of en hoe partijen verzekerd zijn. Uit de casus blijkt dat de kosten voor de ziekenhuisopname van Binnendijk door zijn verzekeraar zijn vergoed. Dit geldt in beginsel niet voor de immateriële schade die Binnendijk lijdt. Waarschijnlijk heeft Koederaï een verze-kering voor wettelijke aansprakelijkheid die, indien hij daartoe veroordeeld wordt, (een deel van) de schade van de Binnendijk moet vergoeden. Uit het vonnis blijkt dat deze verzekeraar op de achtergrond wel een rol speelt, maar onduidelijk is welke en hoe Koederaï exact verze-kerd is. De rechter moet bij de beoordeling van het geschil de waarden in relatie tot elkaar zien en tegen elkaar afwegen.

(8) De praktijk van rechterlijke oordeelsvorming is dringend (Wagenaar en Cook, 2003: p. 142). Deze dringendheid neemt twee vormen aan. Allereerst moet de rechter binnen de gestelde termijnen tot een uitspraak komen. Hij kan niet eindeloos blijven broeden op een vonnis. Een besluiteloze rechter loopt het risico zich schuldig te maken aan rechtsweigerig. Rechtspreken is kiezen (Vranken, 1995: p. 141). Van de rechter wordt een beslissing verwacht en hij die in twijfel blijft steken deugt niet als rechter (Scholten, 1931/1974: p. 134). In de tweede plaats

heeft een rechterlijk oordeel feitelijk gevolg. De beslissing van De Jong heeft rechtsgevolg met voor partijen mogelijk ingrijpende praktische, financiële of emotionele gevolgen. Mocht de rechter de vordering van Binnendijk toewijzen, dan kan Koederaai in de toekomst aangesproken worden voor de schade die het gevolg is van de eventuele invaliditeit van Binnendijk. Als De Jong de vordering echter afwijst, dan kan Binnendijk zijn schade niet verhalen op Koederaai. Deze gevolgen dringen zich op tijdens het proces van oordeelsvorming.

Veel kenmerken van de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming nemen de vorm aan van een probleem of een beperking: het feitenmateriaal is onvolledig of intern tegenstrijdig; de rechter dreigt in een spagaat tussen de discursiviteit van het recht enerzijds en de eis van een ondubbelzinnige uitspraak anderzijds te belanden; geschillen zijn doorspekt van emoties, terwijl in het recht hieraan slechts in zeer beperkte mate uiting geven worden; en de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming is dringend. Deze elementen en kenmerken worden vaak als een verstoring van het *echte werk* van de rechter – geschilbeslechting – beschouwd. Dit is echter een te beperkte benadering van het werk van de rechter: de wijze waarop de rechter weet om te gaan met deze problematiek is namelijk zijn werk; het mooi gemotiveerde vonnis, de beslechting van het dispuut of het knappe oordeel zijn het resultaat van zijn inspanningen. Om tot dit resultaat te kunnen komen moet de rechter de problemen die hij op zijn pad naar het eindoordeel tegenkomt oplossen of, beter gezegd, beheersen. Hoe beter een rechter met zijn beperkingen weet om te gaan, des te beter hij zijn werk doet.

Rechters blijken in de praktijk doorgaans goede probleembeheersers.¹⁰ Dagelijks nemen zij min of meer probleemloos talloze acceptabele beslissingen: wel of geen getuigenverhoor, wel of geen onrechtmatige daad, het aangevoerde bewijs veel of weinig gewicht toekennen, wel of niet de advocaat die (te) lang aan het woord is afbreken, een vordering toe- of afwijzen. Veel van deze beslissingen lijken vanzelf te gaan. De rechter vindt in veel gevallen routinematig een oplossing voor de problemen die hij tegenkomt bij het vormen van zijn oordeel. Zoals hierboven gedemonstreerd, is dit proces echter complexer dan op het eerste oog lijkt. Op de achtergrond spelen verschillende vormen van praktische oordeelsvorming een rol.

Deze praktische oordeelsvorming is onderwerp van deze studie. In de wetenschappelijke literatuur en het maatschappelijke denken over rechterlijke oordeelsvorming is onvoldoende aandacht voor praktische aspecten van de oordeelsvorming. De verklaring voor deze beperkte aandacht moet worden gezocht in de achterliggende kennistheorie die onder sterke invloed staat van het rationalisme en het positivisme, zoals ik hieronder nog nader zal uitwerken. In deze kennistheoretische tradities staat de rede centraal en is er weinig ruimte voor andere ken-

10 Dat rechters in de regel goede probleembeheersers zijn, neemt niet weg dat rechterlijke dwalingen voorkomen. Zie onder anderen Van Koppen (2002) en Wagenaar (2006) voor voorbeelden van (straf)rechterlijke dwalingen. In welke mate de bevindingen uit deze onderzoeken transposeerbaar zijn naar de civiele rechtspleging is niet duidelijk omdat nauwelijks empirisch onderzoek gedaan is naar rechterlijke dwalingen in het civiele recht.

nisvormen. Voordat ik deze positie nader toelicht, zal ik in de volgende paragraaf een schets geven van de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming.

1.3 Een diagnose van het denken over rechterlijke oordeelsvorming

Tot de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming worden alle publicaties gericht op het “vinden van oplossingen en antwoorden op basis van rechtsnormen die min of minder precies aangeven hoe er op bepaalde typen van probleemsituaties dient te worden gereageerd” (Pontier, 1998: p. 9) en het onderzoek naar de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming gerekend. Met onderstaande beschrijving heb ik geen volledigheidspretentie. Het is onmogelijk om in het bestek van dit onderzoek een volledig beeld te geven van de verschenen rechtsvindingsliteratuur en deze te karakteriseren en te categoriseren. Bovendien is dit voor mijn onderzoek ook niet nodig omdat ik vooral geïnteresseerd ben in het achterliggende kennis- en handelings-theoretische kader. Inzicht in de agenda van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming volstaat dan ook. In subparagraaf 1.3.1 zal ik dit onderzoek beschrijven. Vervolgens zal ik in 1.3.2 deze schets naast de kenmerken van de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming leggen. Bij deze vergelijking kom ik tot de conclusie dat niet alle aandachtsgebieden in de literatuur goed aansluiten op de dagelijkse praktijk van rechterlijke oordeelsvorming.

1.3.1 Kenmerken van de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming

De literatuur over rechterlijke oordeelsvorming kan als volgt beschreven worden.

Weinig wetenschappelijke interesse in de praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming

In het grote aantal publicaties over rechterlijke oordeelvorming en rechtsvinding in verschillende disciplines zoals de rechtsgeleerdheid, de rechtstheorie, de rechtsfilosofie, de rechtssociologie, de rechtspsychologie en de rechtsantropologie, lijkt betrekkelijk weinig aandacht te zijn voor de dagelijkse praktijk waarin rechters opereren. Onderzoekers richten zich op: de uitkomsten van de rechterlijke oordeelsvorming, zoals Snijders (1978) die de motiveringen in civielrechtelijke arresten van de Hoge Raad en de gerechtshoven heeft geanalyseerd en gecategoriseerd; de fundamenteën van dit systeem, zoals Hesselink (1999) die een proefschrift schreef over de betekenis van redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, Van den Berg (2000) die gepromoveerd is op een onderzoek naar rechtvaardigheid in het privaatrecht of Taekema (2003) die in haar proefschrift de betekenis van idealen in het recht heeft verkend; of de legitimatie en de rationaliteit van rechterlijke oordelen (Nieuwenhuis, 1976; De Wild, 1979). De wetenschappelijke interesse in bovengenoemde studies is primair gericht op de rationele of rationaliseerbare aspecten van rechterlijke oordeelsvorming.

Schrijvers die meer aandacht aan de dagelijkse praktijk van de rechtsvinding besteden, zoals Scholten (1931/1974) en Wiarda (1963/1999), doen dit veelal vanuit een intern perspectief.¹¹ Hun rechtsvindingstheorie wordt dan ook vooral gezien als een *Reflexion auf eigenes Tun* (Loth, 1992: p. 25). Ook de rijke, niet-wetenschappelijke autobiografische werken van rechters als Asscher (1989) en Rottier (2001) kunnen tot deze categorie gerekend worden.

In het debat over de wetenschappelijke status van de rechtsgeleerdheid, dat in 2003 en 2004 een prominente plaats had in een aantal juridische vakbladen,¹² is weinig aandacht besteed aan het onderzoek naar de rechterlijke oordeelsvorming. Dit is tot op zekere hoogte te verklaren, omdat de bestudering van de praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming niet strikt binnen het domein van de rechtsgeleerdheid of rechtswetenschap valt. Het lijkt voor de hand te liggen dat de sociale wetenschappen, meer in het bijzonder de rechtssociologie en de rechtspsychologie, dit vraagstuk tot hun domein rekenen (Kunneman, 1991; Griffiths, 1992). Dit is op zich juist, maar het probleem is dat in de sociale wetenschappen in de regel ook weinig interesse bestaat in de vraagstukken rondom de civielrechtelijke rechtspraak en nauwelijks onderzoek gedaan wordt naar de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming.

Weinig empirisch onderzoek naar civielrechtelijke rechtsvinding

Het empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming door de civiele rechter is schaars. Meer dan vijftientig jaar gelden sprak Van Dunné hierover zijn teleurstelling uit: “Met het toenemen van sociaalwetenschappelijk onderzoek op het terrein van het recht, ligt het in de lijn der verwachting dat het hier behandelde voorwerp [=civiele rechtspleging] van empirisch onderzoek geweest is. Dat is echter nog maar nauwelijks het geval geweest in ons land, terwijl het in het buitenland niet veel beter is. [...] Bovendien is het schaarse onderzoek merendeels strafrechtelijk, terwijl het onze op het privaatrecht gericht is” (Van Dunné, 1980/2006: pp. 740 – 741). Deze kritiek geldt ruim vijftientig jaar na dato nog onverkort. Empirisch onderzoek naar de civielrechtelijke rechtspraak is zeldzaam. Uitzonderingen op deze regel is het werk van onder anderen Paterson (1984), Verwoerd e.a. (1987), Groeneveld en Klijn (2002) en Ippel en Heeger-Hertter (2006).

De niet-empirische oriëntatie kan voor een belangrijk deel worden verklaard doordat aan het civielrechtelijke rechtsvindingsdebat hoofdzakelijk civilisten, taalkundigen en (rechts) filosofen deelnemen. De eerste categorie houdt zich onder andere bezig met de rechtsvorming en technieken van rechtsvinding terwijl de laatste twee categorieën zich hoofdzakelijk richten op de argumentatie, motivering en legitimiteit van het rechterlijk oordeel. Vertegenwoordi-

¹¹ Scholten en Wiarda waren, naast hun universitaire aanstelling, ook werkzaam in de advocatuur en de rechterlijke macht.

¹² Aan dit debat heeft de volgende – niet uitputtende – lijst van auteurs een bijdrage geleverd: Stolker (2003), De Geest (2004), Franken (2004a), Van der Heijden (2004), Franken (2004b), Stolker (2004), Barendrecht e.a. (2004), Van Rhee (2004) en Wendt (2005).

gers van de sociale wetenschappen zijn opvallende afwezigen in dit discours. Schaarse uitzonderingen zijn de rechtssocioloog Bruinsma (1995) en de rechtspsychologen Crombag (De Wijkerslooth en Cohen, 1973) en Van Koppen (en Ten Kate, 1984). De laatste twee auteurs zijn overigens voor hun civielrechtelijke rechtsvindingswerk een samenwerkingsverband aangegaan met collega's van de juridische faculteit, een aardig voorbeeld van multidisciplinair onderzoek. De bijdrage van sociaalwetenschappers is in belangrijke mate beschouwend van aard (zie onder anderen Huls (2006: pp. 3 – 7)).

Ook in het buitenland lijken de sociale wetenschappen een zelfde beperkte rol te spelen. Zo constateren Ross en Shestowsky (2003: p. 1081) dat de sociale en cognitieve psychologie een marginale bijdrage leveren aan het hedendaagse Amerikaanse rechtswetenschappelijke debat. Deze constatering wordt overigens door Vranken (2005: p. 121) betwist. Hij ziet in de Verenigde Staten juist een vermenging van het juridisch perspectief met inzichten uit andere disciplines. Verschillende Nederlandse auteurs hebben gepleit voor meer multidisciplinaire en empirische bestudering van het recht (Müller, 2001: p. 9; Stolker, 2003: p. 777; Barendrecht e.a., 2004: p. 1425; Vranken, 2005: p. 154). Rechterlijke oordeelsvorming is één van de “verschijningsvormen” van het recht die zich goed leent voor empirische bestudering. Tot op heden is echter slechts mondjesmaat gehoor gegeven aan deze oproep.

Bij de bestudering van de rechterlijke oordeelsvorming staat (de toepassing van) het recht centraal

In de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming is de aandacht hoofdzakelijk gericht op de toepassing van rechtsregels en de legitimatie van een beslissing. De (rechts)wetenschappelijke aandacht concentreert zich hoofdzakelijk op de rechtsvinding en -vorming door de Hoge Raad. *Fact finding*, de voornaamste bezigheid van de eerste- en tweedelijsrechtspraak krijgt in de literatuur weinig aandacht. Wiarda (1963/1999: p. 19) plaatst de *fact finding* zelfs buiten het domein van de rechtsvinding: “Ook beslissingen over de feiten kunnen moeilijk zijn, maar, afgezien van de toepassing van de regels die op de bewijslevering betrekking hebben, stellen zij de rechter voor andere problemen dan die welke de rechtsvinding betreffen.”

Scholten, die veel nadruk heeft gelegd op het belang van de feiten voor rechterlijke beslissingen, wijdt in het *Algemeen Deel* slechts twee paragrafen aan de feiten (Scholten, 1931/1974: pp. 7 – 12 en 120 – 124).¹³ Daarentegen besteedt hij ruime aandacht aan interpretatie- en rechtsvindings technieken: de grammaticale, de wethistorische, de systematische en de teleologische methode. Ook de analogie en de *a contrario* redenering kunnen hieraan worden toegevoegd. Vranken (1995: pp. 75 – 140) heeft de ‘gereedschapskist’ van de rechter verder aangevuld met rechtsbeginselen, anticipatie, rechtspraak en literatuur, interne rechtsvergelijking en

13 In de paragrafen 2 en 26 van het *Algemeen Deel* staan de feiten centraal. Paragraaf 22 met de titel “De betekenis der feiten. Gewoonterecht” is volledig gewijd aan het gewoonterecht en derhalve niet meegeteld.

externe rechtsvergelijking. Het feitenonderzoek wordt door beide schrijvers stiefmoederlijk behandeld en geen van beiden reikt factfindingsmethoden of -technieken aan. Hetzelfde geldt voor de Duitse auteur Esser (1970) die in zijn rechtstheorie een ruime plaats voor het feitelijke inruimt, maar geen praktisch instrumentarium aanreikt hoe de rechtspraktijk met de feiten moet omgaan. Jaspers en Vranken (1974: p. 450) constateren dat dit terrein kennelijk is overgelaten of toebedeeld aan de rechtssociologie.

De analyse van rechterlijke oordeelsvorming is onpersoonlijk

In de literatuur is weinig aandacht voor het ‘persoonlijke’ in de oordeelsvorming. Dit is in het verleden anders geweest. Onder invloed van onder anderen de Amerikaanse rechtsrealisten en de Duitse en Oostenrijkse *Freirechtler* was er in de eerste decennia van de twintigste eeuw veel aandacht voor de persoon in de rechtstheorie; “law is what the judge had for breakfast”.¹⁴ Ik verwijs naar Van Dunné (1986/2006: pp. 380 e.v.) voor een overzicht van de belangrijkste literatuur uit deze periode. Overigens moet hierbij wel de kanttekening geplaatst worden dat de (rechts)psychologie en -sociologie aan het begin van de vorige eeuw nog in de kinderschoenen stonden en dat veel inzichten gebaseerd waren op een primitieve methodologie en theorie. Bovendien zijn de onderzoeken veelal uitgevoerd zonder medewerking van rechters (Van Koppen, 1991: p. 711).

Sindsdien is het opvallend rustig aan het front geweest. In Nederland hebben Van Koppen en Ten Kate (1984) de betekenis van persoonlijke factoren in de civiele rechtspleging onderzocht. Daarnaast is ook onderzoek gedaan naar de samenstelling, achtergronden en interesses van de rechterlijke macht. Voorbeelden zijn onderzoeken van De Groot – Van Leeuwen (1991) en Bruinsma (2001) naar de samenstelling en interesses van de rechterlijke macht in den brede, en de studie van Van Koppen en Ten Kate (2003) naar de achtergronden van de leden van de Hoge Raad. Deze onderzoeken geven echter geen rechtstreeks inzicht in de wijze waarop rechters tot een oordeel komen.

1.3.2 Kritiek op de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming

Terug naar de praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming en de dagelijkse problemen waarmee de rechter wordt geconfronteerd. De maatschappelijke relevantie is een van belangrijkste criteria bij de beoordeling van een wetenschapgebied of onderzoeksterrein. Als de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming aan deze maatstaf getoetst wordt, dan moet worden geconstateerd dat het programma, de onderwerpen van onderzoek en de onderzoekstechnieken alle belangrijke lacunes vertonen. Deze tekortkomingen worden hieronder behandeld.

14 Frank, 1932

Zoals ik in 1.2.1 aangaf, is de dagelijkse praktijk van rechterlijke oordeelsvorming nauwelijks onderwerp van (empirisch) onderzoek. De praktische problemen waarmee een rechter wordt geconfronteerd en de routinematige omgang met deze problemen, is nog grotendeels onaangeraakt door de literatuur. Rechterlijke oordeelsvorming wordt door veel schrijvers in een statische context geplaatst; een context zonder dynamiek van een meervoudige kamer, zonder interactie op een comparitie, zonder een griffier die een conceptkortgedingvonnis voorbereidt, zonder werkdruk en termijnen. De wijze waarop de rechter weet om te gaan met conflicterende eisen aan zijn professionaliteit, onzekerheden over de feiten en het recht, de beperkingen van het handels(proces)recht en de druk die uitgaat van termijnen zijn nauwelijks bestudeerd. Voor de deelnemers aan de rechtspraktijk zijn juist deze praktische vraagstukken, problemen en onzekerheden van cruciaal belang omdat de beheersing daarvan in grote mate de effectiviteit van het rechterlijk handelen bepaalt.

Dit perspectief komt ook tot uiting in de voorkeur van de literatuur voor de jurisprudentie van de Hoge Raad (Snijders, 1997: p. 43), niet meer dan een goede 150 gepubliceerde arresten van de civiele kamer per jaar (Hammerstein, 2006: p. 8) tegen zo'n 950.000 civiele zaken bij de rechtbanken en de gerechtshoven (Raad voor de rechtspraak, 2006: pp. 29 e.v.). De arresten van de Hoge Raad zijn zonder meer van grote betekenis voor de rechtsvorming en de rechtspraktijk, maar de rechtsvragen die in deze arresten aan bod komen zijn in de regel niet representatief voor de dagelijkse rechtspraktijk en de analyse van arresten van de Hoge Raad vertelt weinig over die rechtspraktijk. In dit verband kan een parallel getrokken worden met het onderzoek van de bestuurskundige Lipsky naar het werk van *street-level-bureaucrats*. Hij betoogt: "that public policy is not best understood as made in legislatures or top-floor suites of high-ranking administrators, because in important ways it is actually made in the crowded offices and daily encounters of street-level workers" (1980: p. xii). Voor de bestudering van de rechterlijke oordeelsvorming geldt hetzelfde. De oordelen en motiveringen van de Hoge Raad helpen rechter De Jong nauwelijks bij het oplossen van de problemen bij de behandeling van de casus 'Fietsongeval'. Om de rechterlijke oordeelsvorming goed te kunnen begrijpen, betekent dat onderzoekers zich dan ook juist moeten verdiepen in het dagelijks werk van de eerste- en tweedelijnsrechtspraak (Bourdieu, 1977: p. 70).

De wetenschappelijke interesse richt zich in de tweede plaats hoofdzakelijk op de rationele en rationaliseerbare aspecten van de rechtsbeoefening (Van Dunné, 1980/2006: p. 740). Vooral de rechtvaardiging van een rechterlijk oordeel krijgt veel aandacht (Smith, 1998: p. 1). Deze aspecten zijn "obviously important, but are neither all-important nor sometimes the most interesting, and certainly not the most profound aspects of work that social scientists¹⁵ need to understand" (Strauss, 1993: p. 84). Rechters weten meer dan zij onder woorden kunnen

15 Ook bestudering van rechterlijke oordeelsvorming, onafhankelijk in welke wetenschappelijk discipline dit gebeurt, kan worden beschouwd als een vorm van sociaalwetenschappelijk onderzoek omdat het onderwerp

brengen (Loth, 1992: p. 32) en dit ‘meer’ vormt in belangrijke mate de professionaliteit van de rechter. Veel onderzoekers drukken dit ‘meer’ uit als de denkstijl van de kunstenaar (Schalken, 2006), *ars inveniendi* (Nieuwenhuis, 1976: p. 510) of het timmermansoog van de rechter (Kaptein, 1996: p. 80). Dergelijke kwalificaties worden vaak gebruikt om het ‘meer’ buiten het domein wetenschap te plaatsen omdat een objectieve observatie en rationalisatie van het ‘meer’ niet mogelijk is. “When people use terms as “art” and “intuition”, they usually intend to terminate discussion rather than to open up inquiry”, waarschuwt Schön (1983: p. vii). Dit lijkt ook te gelden voor het rechtsvindingsonderzoek. Het onbepaalde, impliciete en complexe in alledaagse rechtsvindingspraktijk wordt gereduceerd of buiten de wetenschappelijke analyse gelaten. Hiermee wordt een belangrijk deel – misschien wel de kern – van de rechterlijke werkzaamheden en kwaliteiten door een groot deel van de auteurs buiten beschouwing gelaten.

In de derde plaats is er een groot verschil in de wetenschappelijke en de rechterlijke aandacht en waardering voor feiten en regels. Net als rechter De Jong in de casus ‘Fietsongeval’, besteedt het merendeel van de rechters het grootste deel van zijn tijd aan de interpretatie en waardering van het geschil dat hij in behandeling heeft. Veel van deze zaken hebben weinig met “rechtsvinding” te maken en zeker niet met de *hard cases* die hoofdzakelijk in de wetenschappelijke literatuur worden opgevoerd, ontleed en opgelost (Hol en Loth, 2001: p. 41). Waar de literatuur royaal is in de methoden en technieken voor *rechtsvinding*, zo zuinig is hij met methoden en technieken voor *fact finding*. Voor het vinden, construeren en interpreteren van de feiten wordt de rechtspraktijk verwezen naar de algemene bewijsregels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de jurisprudentie die zich in de loop de jaren ontwikkeld heeft. Deze onevenwichtigheid is in mijn ogen de derde tekortkoming in de literatuur over rechterlijke oordeelsvorming.

In de laatste plaats heeft de literatuur een moeizame relatie met persoonlijke factoren in de rechterlijke oordeelsvorming. In de literatuur is het menselijke nauwkeurig uit de rechtsvinding gefilterd en er wordt vooral vanuit een extern, neutraal en waardenvrij perspectief naar het onderzoeksobject gekeken (Wendt, 2005: p. 191).¹⁶ Rechtsvindingsproblemen worden gepresenteerd als ontzieldde problemen; het draait om feiten, normen en beslissingen. De interactie tussen acteurs op het toneel van de rechtsvinding, de rechter, de griffier, procespartijen en hun raadslieden, lijkt niet van belang. De casus ‘Fietsongeval’ laat echter zien hoe persoonlijke factoren een prominente rol spelen tijdens een zitting en dat van de rechter verwacht wordt dat hij op een professionele en betrokken manier hiermee omgaat. Dominante rechterbeelden als de onpartijdige rechter en de rechter als degene die de wet toepast (Wolthuis, 2000: p. 471)

van deze studie zich richt op sociaal handelen. Dat de (civiel)rechterlijke oordeelsvorming nauwelijks sociaal-wetenschappelijk benaderd wordt, doet daaraan niets af.

16 In aanvulling hierop het volgende citaat van Polanyi (1983: p. 78): “Science is supposed to be impassionate”.

en waarden als objectiviteit, rechtseenheid en rechtszekerheid lijken een vrije omgang met de persoon van de rechter in de weg te staan. Dit leidt er vaak toe dat het persoonlijke in de rechtspraak snel een normatieve, vaak negatieve, lading krijgt. Degene die (veel) aandacht aan het belang van het persoonlijke in de rechtspraak besteedt, wordt in verband gebracht met – de voor velen pejoratieve – vrije rechtsvinding en rechterlijk subjectivisme.

De tekortkoming in de theorie van de rechterlijke oordeelsvorming moet worden gezocht in het achterliggende rationalistische model van professionele of praktische kennis. Vaak wordt deze kennis – een enkel keer expliciet, maar meestal impliciet – gezien als vorm van technische rationaliteit. In de volgende paragraaf zal ik dieper ingaan op dit kennismodel, dat diep ingesleten is in het onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Hol en Loth, 2001: p. 38) en tot een culturele institutie is geworden (Van Dunné, 1973/2006: p. 699; Wagenaar en Cook, 2003: p. 139). Dit kennismodel heeft niet alleen op wetenschappers een grote aantrekkingskracht; ook beleidsmakers, politici, wetgevingsjuristen, bestuurders en rechters kunnen zich moeilijk losmaken van het dwingende epistemologische keurslijf (Schön, 1983: p. 26). De reflectie op het eigen rechterlijk werk wordt uitgedrukt in het vocabulaire van het rationeel-positivistische denkschema (Wendt, 2005: p. 182).¹⁷ Juist omdat de uitgangspunten van het rationalisme en het positivisme alom zijn geaccepteerd, worden ze door praktijkmensen niet als problematisch ervaren (Hawkesworth, 1988: p. 2).

1.4 Het rationeel-positivistische fundament onder het denken over rechterlijke oordeelsvorming

In deze paragraaf zal ik eerst laten zien wat het betekent dat het denken over rechterlijke oordeelsvorming vanuit een technisch-instrumenteel perspectief benaderd wordt. Aan dit perspectief ligt een rationeel-positivistische kennistheorie ten grondslag. Deze kennistheorie en haar maatschappelijk-historische worteling komen in de subparagraaf 1.3.1 aan bod. Vervolgens zal ik de invloed van de rationeel-positivistische kennistheorie op het denken over rechterlijke oordeelsvorming behandelen (subparagraaf 1.3.2).

17 Het rationeel-positivisme is een samenvoeging van het rationalisme en het positivisme. Het rationalisme is de kennistheorie waaraan het uitgangspunt ten grondslag ligt dat kennis uitsluitend via de ratio verworven kan worden. Het positivisme bouwt grotendeels voort op het rationalisme en heeft als uitgangspunt dat alleen kennis die systematisch via (wetenschappelijke) methoden verworven is als ware kennis kan worden beschouwd.

1.4.1 Het rationeel-positivistische kennismodel

Aspecten rationeel-positivistische kennismodel

In de dominante epistemologie heeft praktijkkennis geen eigen of bijzonder karakter. Praktische kennis wordt uitgedrukt in termen van een technische of instrumentele rationaliteit. De rechter past zijn praktische kennis, vaardigheden en inzichten toe op de problemen waarmee hij wordt geconfronteerd. Het handelen wordt geleid door vooraf gestelde expliciete doelen en bij voorkeur wetenschappelijke kennis (Hartendorp en Wagenaar, 2004: p. 65). Problemen waarmee een rechter wordt geconfronteerd en de variatie aan mogelijke oplossingsrichtingen, ook wel aangeduid als ‘gereedschapskist’, zijn beperkt. Juist deze beperkingen maken het mogelijk om expertise te kunnen ontwikkelen. “[T]here are sufficient uniformities in problems and in devices for solving them to qualify the solvers as professionals [...] professionals apply very general principles, *standardized* knowledge, to concrete problems [...]” (Moore, 1970: p. 56). De rechter is in wezen niet meer dan de geoefende toepasser van algemene wetten, regels, methoden en theorieën.

Het praktisch handelen heeft – idealiter – de structuur van een syllogisme, de redenering waarbij een algemene regel wordt toegepast op een concrete situatie of, spiegelbeeldig, de minor onder de major geschoven wordt, waarna de conclusie automatisch volgt. De handeling van de actor in een concrete situatie is het logische resultaat van de syllogistische redenering. Algemene wetten en regels schrijven voor hoe in concrete situaties gehandeld moet worden. “[A]ction is supposed to follow logical and automatically from knowledge; any other action is supposed at best intuitive and at the worst blind” (Wagenaar en Cook, 2003: p.142). Het abstracte en het concrete zijn in wezen niet verschillend van elkaar; het abstracte is een veralgemenisering van het concrete, en het concrete een verbijzondering van het abstracte.

De wetenschappelijke methode en de kennis die deze methode genereert, staan model voor het praktisch handelen. Professions hebben “a high component of strictly technological knowledge based on science in the education which they provide” (Glazer, 1974: p. 346). Wagenaar en Cook (2003: p. 139) spreken in dit verband van de hegemonie van de theorie over het handelen. Wetenschappelijk verkregen kennis is algemeen geldig, niet gebonden aan tijd of locatie, propositioneel, expliciet, alleen geldig binnen de grenzen van haar eigen premissen en veronderstellingen en concrete situaties zijn alleen van belang ter onderbouwing of illustratie van algemene, abstracte inzichten (Jonsen en Toulmin; 1988; Van Braam, 1989: p. 19; Rorty, 1979/1997: p. 307; Schwandt, 2000b: p. 226). De praktische kennis, de kennis die door handelende actoren wordt toegepast in concrete situaties, wordt bij voorkeur uitgedrukt in een wetenschappelijk vocabulaire. Praktische kennis moet worden gezien als toegepaste theoretische kennis. Het professionele handelen wordt gelegitimeerd door principes van formele

rationaliteit en eisen van wetenschappelijkheid (Abbott, 1988: p. 195; Hol en Loth, 2001: p. 37).

De beheersing van de complexe werkelijkheid of het temmen van de *unruly world* is het doel dat in het rationeel-positivisme wordt nagestreefd (Horkheimer en Adorno, 1969/2007: p. 16; Schwandt, 2000a: p. 215). De mens kan via begrip, inzicht en contemplatie een vaste bodem onder praktijksituaties creëren. “The [Cartesian] confidence that underlies this whole operation is that certainty is something we can generate for ourselves, by ordering our thoughts correctly – according to clear and distinct connections” (Taylor, 1995a: p. 5). Het kennen van de – ideale – werkelijkheid staat gelijk aan de beheersing daarvan. Cook en Brown (1999) spreken over een *epistemology of possession*. De woorden ‘bevatten’ en ‘begrijpen’ lijken etymologische verwantschap met ‘vatten’ en ‘grijpen’ te hebben. Dat het vaak niet lukt om de glibberige werkelijkheid ons dictaat op te leggen, is geen reden om onze pogingen daartoe op te geven. Een aanscherping en uitbreiding van het (intellectuele) instrumentarium helpt hierbij.

Door de oriëntatie op theoretische kennis is er geen ruimte voor verschijnselen die niet objectief kunnen worden geobserveerd of onderzocht. Wat niet onder woorden kan worden gebracht, wordt als intuïtief of emotioneel afgedaan en kan derhalve geen object van wetenschappelijk onderzoek zijn. Dit betekent overigens niet dat gevoelens, emoties, intuïtie en verbeelding niet bestaan. In de dagelijkse praktijk, ook in die van het onderzoek, spelen niet-rationaliseerbare factoren wel degelijk een rol, maar deze zijn ondergeschikt aan de positieve methoden van observatie en toetsing (De Jong, 1997: p. 20). De inzet van het rationeel-positivistische perspectief is deze factoren met behulp van de ratio te expliciteren en de mens te bevrijden van zijn onwetendheid, redeloosheid en afhankelijkheid van (oer)driften. Ook morele oordelen en normatieve uitspraken zijn niet rationeel en vallen buiten het bereik van wetenschappelijke kennis. Morele oordelen zijn “expressions of attitude or feeling, are neither true or false; and agreement in moral judgment is not to be secured by any rational method, for there are none” (MacIntyre, 1981/1984: p. 12). Academische idealen als objectiviteit, neutraliteit en waarde-vrijheid gelden ook voor praktijkkennis en professioneel handelen. Kennis is persoonsafhankelijk en heeft een objectief karakter.

In de laatste plaats heeft het rationeel-positivistische kennisideaal een dualistisch karakter en wordt gekenmerkt door dichotomieën tussen feit – norm, doel – middel, object – subject, lichaam – geest, perceptie – werkelijkheid en vorm – inhoud (Posner, 1997: p. 428). In praktijksituaties zijn deze verschillende onderdelen misschien niet altijd goed te scheiden, handelende actoren zijn wel degelijk in staat deze als afzonderlijke elementen te herkennen en te onderscheiden. Scholten merkt over het dualisme het volgende op: “Toch heeft die scheiding sterken invloed gehad in de wetenschap, in het leven zelf. In de wetenschap is de scheiding tus-

schen beschrijvende en normatieve wetenschap, of juist misschien gezegd in de poging ieder normatief element uit de zuivere wetenschap uit te bannen. Het geldt voor iedere geesteswetenschap, voor maatschappij-beschrijving, ethiek, recht. Men meent naast en tegenover elkaar te kunnen stellen de zoogenaamd wetenschappelijke, alleen met intellectuele hulpmiddelen tot stand gebrachte, beschrijving en samenvatting der verschijnselen en hun waardeering, die men dan al naar zijn opvatting of zelf weder tot object van eigen wetenschap maakt of zuiver subjectief, willekeurig noemt” (1949: p. 353).

Maatschappelijke en historische fundering rationeel-positivisme

De filosoof René Descartes heeft een basis gecreëerd voor de ontwikkeling van het rationele kennismodel. Het wantrouwen in zintuiglijke waarnemingen en de scheiding tussen lichaam en geest zijn belangrijke uitgangspunten in de cartesische epistemologie (Descartes, 1637/2002: pp. 60 – 66). Met behulp van de ratio kan de mens zich onttrekken aan het bedrog van zijn zintuigen. Alleen de kennis verkregen via de rede is echte kennis. Met zijn *Discours de la méthode* heeft Descartes een centrale plaats voor de rede opgeëist in de kennistheorie en daarmee een grote impuls aan het Verlichtingsdenken en het rationalisme gegeven. Maar de filosofische en maatschappelijke fundamenteën onder het kennismodel reiken dieper, zoals ik in de volgende alinea's zal laten zien.

Naast de Verlichting heeft de platoonse en de christelijke filosofie grote invloed gehad op het Westerse denken en onze waardering van praktijkkennis. Uitgangspunt van beide filosofieën is dat de werkelijkheid wordt beheerst door onveranderlijke, universele wetten (De Jong, 1997: p. 19). Het is de taak van de positivistische wetenschap deze wetten en wetmatigheden, die in de Verlichting hun numinositeit, hun goddelijke herkomst, verloren hebben, maar nog wel universele gelding hebben, in kaart te brengen. De universele wetmatigheden, waarin de wereld van de ideeën of het goddelijke tot uitdrukking wordt gebracht, vormen de essentiële werkelijkheid. De wetenschap en in het bijzonder de meta-analyse geven inzicht in deze wetmatigheden en helpen bij het handelen in concrete situaties (Lipsey, 2000: p. 211). Met een intellectuele ordening kan de ware betekenis van concrete situaties die een complex, onoverzichtelijk, onvoorspelbaar, intern tegenstrijdig, diffuus en dringend karakter hebben, inzichtelijk gemaakt en beheerst worden. “The heavens can be more truly known than the earth [...] From this fact follows the superiority of contemplative to practical knowledge, of pure theoretical speculation to experimentation, and to any kind of knowing that depends upon changes in things or that induces change in them. Pure knowing is pure beholding, viewing, noting” (Dewey, 1950: p. 98).

In de negentiende eeuw heeft de instrumentele kijk op de relatie tussen kennis en handelen een vlucht genomen en zich definitief genesteld in het maatschappelijk en wetenschappelijk denken. Deze eeuw stond in het teken van grote technische ontwikkelingen, zoals de

industrialisering, de aanleg van spoornetwerken en de opkomende natuurwetenschappen. Het vertrouwen in het technische kunnen van de mensheid kende in deze periode zijn hoogtijdagen (Bernstein, 1976). Beheersing van technische kennis gaf de mens de mogelijkheid om de wereld te herschikken en – tot op zekere hoogte – zijn lot in eigen hand te nemen (Dewey, 1950: p. 100). De natuurwetenschappen speelden hierbij een belangrijke rol, omdat deze de wetmatigheden achter de techniek inzichtelijk maken. Een groter wetenschappelijk inzicht in deze wetmatigheden stelt de mens beter in staat de natuurlijke verschijnselen te beheersen en te onderwerpen aan zijn eigen technische doelen. Mede onder invloed van de sociologie van Auguste Comte heeft de cartesische epistemologie zich in de menswetenschappen genesteld en zich daar vanuit tot een ontologie verheven (Taylor, 1995b: p. 64).

De zojuist genoemde filosofieën hebben grote invloed gehad op onze waardering van intellectuele en praktische werkzaamheden. In de meeste samenlevingen hebben intellectuele werkzaamheden een hogere maatschappelijke waardering dan handwerk, ambachten en daarvoor vereiste praktijkkennis. In algemene zin kan worden gesteld dat naar mate men verder van de werkelijke productie af staat, het werk een hogere waardering heeft (Van den Brink, Jansen en Pessers, 2005: p. 23).¹⁸ Dit geldt niet alleen voor postindustriële samenlevingen (De Beer, 2001) maar bijvoorbeeld ook voor het antieke Athene waar de vakkennis en -vaardigheden een lage status hadden en vaklieden slechts één trede hoger op de maatschappelijk ladder stonden dan slaven (Dewey, 1950: p. 36). De ambachtsman had een duidelijke opdracht: het maken van meubels of het bakken van brood. De vaardigheden en expertise van vakwerklieden hadden alleen een waarde binnen het eigen specifieke vakgebied. In feite was de vakkennis die de Atheense ambachtsman gebruikte niet meer dan een instrument om deze doelstellingen te bereiken. Hij paste zijn kennis toe om de van buitenaf opgelegde doelstellingen te bereiken. Als het echter aankwam op “the only really important questions, the moral questions as to values,” dan schoot de praktische kennis van de vakman te kort (Dewey, 1950: p. 38).

1.4.2 Invloed van het rationeel-positivisme op het denken over rechterlijke oordeelsvorming

Het rationalisme en het positivisme hebben ook grote invloed op de rechtswetenschap en het denken over rechterlijke oordeelsvorming. In de tweede helft van de negentiende eeuw en de eerste decennia van de twintigste eeuw was het rechtspositivisme, een exponent van het wijsgerige positivisme, de heersende leer binnen rechtswetenschappen (Franken e.a., 1993: p. 45). Onder invloed van onder andere de dialectische rechtstheorie van Scholten en de pragmatische rechtstheorie van Holmes omarmen nog maar weinig hedendaagse schrijvers ten

¹⁸ Opvallend is dat voor beroepen waarin het intellectuele en het ambachtelijke samenkomen, zoals bij de chirurgie, de advocatuur en het rechterschap, juist een hoge maatschappelijke waardering bestaat.

volle het negentiende-eeuwse rechtspositivisme. Het werk van beide schrijvers markeert een breuk met het (rechts)positivistische denken. In hoofdstuk 3 zal ik nog uitvoerig aandacht besteden aan beider opvattingen over rechterlijke oordeelsvorming. Dit betekent echter niet dat het achterliggende kennisideaal ook over boord gezet is (Wendt, 2005: p. 184). Aspecten van het rationeel-positivisme hebben nog altijd een grote aantrekkingskracht op auteurs die over rechterlijke oordeelsvorming schrijven. Het rationeel-positivistische kennisideaal is niet alleen van invloed op de inhoud van de theorie over rechterlijke oordeelsvorming, maar komt tevens tot uitdrukking in het programma van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming zoals ik in de vorige paragraaf stelde. Aan beide onderdelen zal ik hieronder aandacht besteden.

Het eerste voorbeeld heeft betrekking op praktisch handelen als een vorm van toegepaste wetenschappelijke kennis. De rechtspsycholoog Wagenaar (2006) beschrijft in zijn boek *Vincent plast op de grond* rechterlijke dwalingen die hij in zijn praktijk als getuige-deskundige is tegengekomen. Het gaat mij in dit voorbeeld niet om Wagenaars inhoudelijke claim over rechterlijke dwalingen, maar het uitgangspunt van de schrijver dat aspecten van het rechterswerk kenmerken van wetenschap hebben. “De eerste taak [het vaststellen van de feiten] is echter niet zozeer juridisch, als wel algemeen wetenschappelijk” (Wagenaar, 2006: p. 10). Na een aantal problemen rondom de omgang met feitenmateriaal en bewijsmateriaal in de rechtspraktijk beschreven te hebben, vraagt de auteur zich af: “Welke *andere wetenschappelijke discipline* wordt het toegestaan op een dergelijke eenzijdige manier de feiten te proclameren?” (p. 13).¹⁹ De wetenschappelijke methode voor de waarneming en interpretatie van de werkelijkheid staat model voor de wijze waarop de rechter de feiten verzamelt, vaststelt en beoordeelt. Deze methode moet leiden tot expliciete kennis die een rechter kan gebruiken bij zijn oordeel. Zoals ik eerder in deze paragraaf schreef, wordt in het positivisme wetenschappelijk kennis als de maatstaf voor praktisch handelen gezien. Deze opvatting zien we bijna letterlijk terugkomen in bovenstaande citaten.

Ook het (normatief) syllogisme is in de ogen van veel auteurs de lijn waar langs een rechterlijk oordeel tot stand komt. Wiarda (1963/1999: pp. 19 – 20) schrijft in *Drie typen van rechtsvinding*: “Zijn slechts feitelijke geschilpunten in het geding en kan over de betekenis van de daarbij ingeroepen rechtsregels in redelijkheid geen verschil van mening bestaan, dan zal de rechter, na omtrent die feitelijke geschilpunten tot een conclusie te zijn gekomen, inderdaad door een eenvoudig syllogisme tot zijn beslissing kunnen komen”. Dit betekent dat feitenrechters in de overgrote meerderheid van de gevallen min of meer mechanisch tot een oordeel kunnen komen. De feiten worden onder de toepasselijk regel geschoven en via een logische redenering volgt de beslissing automatisch. Het normatief syllogisme is niet alleen van belang

19 De cursivering is van mijn hand.

voor de legitimatie van een rechterlijk oordeel, maar als het gaat om eenvoudige gevallen ook voor de heuristiek. Schoordijks kritiek (1982: p. 162) dat ook in makkelijke gevallen het oordeel niet via een eenvoudig syllogisme gevonden wordt en de rechter nooit een *bouche de la loi* kan zijn, wordt door Wiarda terzijde geschoven. Alleen in de uitzonderlijke categorie van moeilijke gevallen is de rechtsvinding autonoom bepaald. In alle andere gevallen, de overgrote meerderheid, is de rechter echter niet meer dan een neutrale uitvoerder die de regels toepast op het onderhavige geval.

Het rationeel-positivistische kennismodel komt vooral ook tot uiting in de agenda van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming. Zoals hierboven toegelicht, heeft de rechtswetenschap: (i) weinig oog voor de dagelijkse praktijk van rechtspraak en rechterlijke oordeelsvorming; (ii) veel aandacht voor de regels en weinig voor de feiten; (iii) weinig interesse in niet-rationaliseerbare factoren van de rechterlijke oordeelsvorming; en (iv) een moeizame omgang met het persoonlijke in de oordeelsvorming. De aspecten van de rechterlijke oordeelsvorming die moeilijk onder woorden gebracht kunnen worden, die niet goed in een (rechts)wetenschappelijk vocabulaire uitgedrukt kunnen worden, die de (rechts)wetenschap niet onder zijn eigen ideaal kan brengen, worden grotendeels buiten het domein van de wetenschap geplaatst. In de agenda van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming komt het rationeel-positivistische kennisideaal misschien nog wel het sterkst tot uitdrukking.

1.5 Het falen van het rationeel-positivistische kennismodel

Het rationeel-positivistische kennismodel van professionele of praktische kennis als toegepaste wetenschap heeft gefaald (Hol en Loth, 2001: p. 44). In dit model kunnen essentiële aspecten van de rechterlijke oordeelsvorming en kenmerken van de praktijk van rechtspraak niet goed tot uitdrukking worden gebracht. Vanuit verschillende tradities is fundamentele kritiek geuit op het rationeel-positivistische kennisideaal. Bekende critici zijn onder anderen Gadamer, Taylor, Bourdieu, Heidegger, Wittgenstein en Dewey. Het lijkt er echter op dat hun kritiek in belangrijke mate aan de rechtswetenschap en sociale wetenschappen voorbij gegaan is (Hawkesworth, 1988: p. 6; Vranken, 2005: p. 116). In deze paragraaf zal ik mij beperken tot de behandeling van voor de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming relevante kritiekpunten, welke betrekking hebben op het intrinsieke verschil tussen wetenschappelijke en praktische kennis, de mogelijkheden om de werkelijkheid te kunnen beheersen en de dehumaniserende werking van het positivisme.

In het rationeel-positivistische kennismodel wordt theoretische of wetenschappelijke kennis als de meest zuivere vorm van kennis beschouwd. Wetenschappelijke kennis is alomvattend en is superieur aan andere kennisvormen (Hawkesworth, 1988: p. 92). De kennis die in praktische situaties gebruikt wordt, heeft een instrumenteel karakter en is niet meer dan toegepaste

wetenschappelijke kennis. In de casus ‘Fietsongeval’ zagen wij echter dat veel elementen van het praktisch handelen en praktische kennis niet expliciteerbaar, propositioneel of talig van aard zijn. De rechter heeft situatie- en spelgevoel, balanceert tussen partijen en maakt in de dynamiek van de zitting gebruik van zijn ervaring (Bourdieu, 1998: p. 80). Al deze vormen van praktische kennis hebben weinig van doen met theoretische kennis en veel meer met een kunde of vaardigheden. Bovendien, zo zagen wij in paragraaf 1.2, zijn de regels intrinsiek onbepaald, de feiten naar hun aard onduidelijk en heeft rechterlijk oordeel een discursief karakter. Abstracte en theoretische posities helpen een rechter niet om in dergelijke situaties te oriënteren en richting te bepalen. Hij moet zichzelf als maatstaf nemen (Putnam, 1978).

De kennis die een rechter in praktijksituaties aanwendt, is concreet, situatiegebonden, perceptueel, dispositioneel en berust grotendeels op een kunde (Schwandt, 2000b: p. 227; Hol en Loth, 2001: p. 42). Een rechter ontleent zijn gezag niet in de eerste plaats aan een uitmuntende kennis van het recht, maar aan een wijs en evenwichtig optreden in individuele zaken. De kern van de rechterlijke professionaliteit ligt dan ook besloten in het opereren in concrete situaties. De kennis die een rechter hiervoor aanwendt, heeft een eigenstandig karakter en “does not fit neatly into Positivist categories. We cannot readily treat it as a form of descriptive knowledge of the world, nor can we reduce it to the analytic schemas of logic and mathematics” (Schön, 1983: p. 33). Het positivistische kennismodel is niet geschikt om deze kennisvormen tot uitdrukking te brengen.

De kritiek richt zich in de tweede plaats op het menselijk vermogen om de alledaagse werkelijkheid te kunnen beheersen en controleren. Positivistische denkers zullen zeker niet ontkennen dat de dagelijkse werkelijkheid zoals wij die ervaren complex, dubbelzinnig en diffuus is. Maar dat betekent niet dat het in het positivistische kennisideaal onmogelijk is structuur en ordening aan te brengen en met behulp van een intellectueel, technisch instrumentarium macht uit te oefenen over de werkelijkheid (Zwart, 2005).

Zowel het vermogen om de werkelijkheid te kunnen ordenen en structureren als het (kennis)doel om de controle op de werkelijkheid te vergroten, wordt door critici zoals Taylor (1991/2007: p. 18 e.v.) betwist. Wij ervaren een onbepaalde werkelijkheid omdat deze naar haar aard amorf is en niet omdat de mens beperkt wordt door zijn gebrekkige zintuiglijke vermogens. Het heeft dus ook geen nut te streven naar een (intellectuele) beheersing van de werkelijkheid omdat dit doel per definitie nooit gehaald kan worden. De controle waarnaar gestreefd wordt, is niet meer dan een “skillful dramatic imitation of such control” (MacIntyre, 1981/1984: p. 107). Het is derhalve beter het gebrekkige te accepteren dan een schijn van zekerheid aan te gapen (Scholten, 1931/1974: p. 134). Niet langer moet centraal staan hoe we de werkelijkheid het meest efficiënt en doelmatig kunnen beheersen, maar veeleer hoe we kunnen verklaren dat ervaren professionals, zoals rechters, er in slagen in een onkenbare en onbepaalde wereld stelselmatig beslissingen te nemen die door een breed publiek als in grote lijnen juist en rechtvaardig worden beschouwd (Hartendorp en Wagenaar, 2004: p. 66).

Niet de beheersing maar de ontdekking van de werkelijkheid is het doel dat met praktische oordeelsvorming wordt nagestreefd (Schalken, 2006).

Het derde kritiekpunt heeft betrekking op het mensbeeld dat aan het rationeel-positivisme ten grondslag ligt. De mens wordt vooral als een rationele, calculerende individu beschouwd en niet als een sociaal, moreel handelend wezen. Het individu is in staat de concrete situaties waarin hij participeert vanuit een externe positie te beoordelen aan de hand van universele en abstracte criteria (MacIntyre, 1981/1984: p. 31). Emoties, moraliteit en sociaal handelen worden teruggedrongen tot het individuele domein. Deze dualistische benadering heeft geleid tot een vervreemding onder praktijkbeoefenaars omdat zij weldegelijk de morele dimensie in hun dagelijks werk ervaren.

De inzet van de kritiek is tweeledig: de gedeformeerde praxis moet worden hersteld (Schwandt, 2000b: p. 225) en het menselijke subject moet worden teruggebracht in wereld waaruit het door Descartes was verwijderd (Glastra van Loon, 1987). De dichotomieën (feit – norm, subject – object, individu – collectief et cetera), het weglaten van de context waarbinnen gehandeld wordt, objectiviteit en neutraliteit als kernwaarden en een centrale oriëntatie op technische rationaliteit kenmerken het positivistische kennisideaal. Dit kennisideaal biedt onvoldoende ruimte voor emotionele en morele aspecten, zoals trots, angst, eer, onzekerheid, en rechtvaardigheidsgevoel. Niet de ratio, maar idealen zijn vaak de drijfveren voor ons handelen (Van der Burg en Taekema, 2004: p. 1076). Dit geldt ook voor praktijksituaties waarin rechters en andere professionals opereren. De casus ‘Fietsongeval’ bevat een aantal voorbeelden daarvan en laat zien hoe de rechter deze emoties met behulp van praktische wijsheid een plaats in de formele procedure geeft. Hierbij wendt hij zijn *whole person* aan (De Jong, 1975: p. 542; Nussbaum, 1990; Wenger, 1998: p. 56) en niet alleen de vaardigheden en deskundigheid die met zijn ambt verbonden zijn.

Het rationeel-positivistische kennismodel heeft de emotioneel-moreel geladen context en het vermogen van de professional daarbinnen te opereren structureel genegeerd. Dit heeft geleid tot een *ontology of disengagement* (Taylor, 1995b: p. 67) en heeft de “praxis assimilated to technique” (Dunne, 1993: p. 174). De eenzijdige aandacht voor de rationele beheersing heeft geleid tot een onpersoonlijke opvatting van professionele kennis en is geen weergave van het denken en handelen in praktijksituaties en de problemen waarmee professionals worden geconfronteerd. Professionele kwaliteiten zijn voor een groot deel direct met de persoon van de professional verbonden. Voor een effectief praktisch handelen is immers een persoonlijke inzet van de professional vereist. In het positivistische kennismodel kan geen uitdrukking gegeven worden aan deze inzet en in het positivistische kennisideaal wordt het persoonlijke gediskwalificeerd als onprofessioneel handelen. Veel professionals herkennen zich dan ook niet in het gedehumaniseerde kennismodel dat de positivistische traditie heeft voortgebracht.

Bovenstaande kritiek op de positivistische fundamenteën van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming betekent niet dat een studie naar de rationaliseerbare aspecten van rechterlijke oordeelsvorming onbelangrijk of overbodig is. In tegendeel: de rechtswetenschap en met name de rechtspraktijk hebben een grote behoefte aan inzicht in de ontwikkeling van rechtsvindingstechnieken, de legitimatie van oordelen en argumentatiestructuren. Het is de taak van de rechtswetenschap via beschrijving, analyses en interpretaties rechters te helpen bij het gebruik en de actualisering van hun gereedschapskist (Kunneman, 1991: pp. 4 – 12). Echter, als het gaat om de omgang met problemen in die dagelijkse rechtspraktijk, zoals de intrinsieke onzekerheid over de feiten en het recht en de beheersing van morele dilemma's, dan zijn het huidige programma van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming en het achterliggende kennismodel onvoldoende geschikt. Gezien de brede vertakkingen van het rationeel-positivisme in het Westerse denken, is het buitengewoon lastig los te denken van dit kennisideaal. Het denken over en de inrichting van het onderwijs, het openbaar bestuur, de organisatie van bedrijven en het juridische systeem zijn in meer of mindere mate beïnvloed door het rationalisme en het positivisme. Het kennisideaal heeft het karakter van een culturele institutie gekregen. Het alternatief voor het rationeel-positivistische denkmodel is niet altijd even vanzelfsprekend. Hiervoor is het positivistische kennisideaal te veel onderdeel van ons denken geworden.

De kritiekpunten nemen de vorm van kennis theoretische en wetenschapsfilosofische argumenten aan, maar wetenschapsmethoden of de inhoud van de kennis theorie zijn niet het primaire object van de kritiek. De inzet is gericht op het achterliggende fundamentele probleem, te weten de cartesiaanse epistemologie die in de loop der eeuwen uitgegroeid is tot een fundament onder het maatschappelijke, politieke en bestuurlijke denken over praktische kennis, uitvoering van beleid en regelgeving en de positie van professionals (Schwandt, 2000a: p. 216). Taylor spreekt in dit verband van de "hegemony of bureaucratic-technical reason in our lives" (1995: p. 78). De discussie over de positie van beroepsbeoefenaars beperkt zich dan ook niet tot het wetenschappelijk discours. In 2005 en 2006 is dit thema onderwerp van debat in verschillende dag- en opiniebladen geweest en heeft zelfs geleid tot de oprichting van de Stichting Beroepseer.²⁰ Voor voorbeelden verwijs ik naar publicaties van Verbrugge (2005), Van den Brink, Jansen en Pessers (2005), De Bruijn (2005), Arlman (2006) en De Volkskrant (2006). Er is forse kritiek geuit op de maatschappelijke en organisatorische uitwassen van het rationeel-positivistische kennisideaal. Dit kennisideaal heeft volgens hierboven genoemde auteurs geleid tot een bedrijfsmatig denken waarin productie, werkprocessen en efficiëntie centraal staan, het verdwijnen van de menselijke maat in organisaties, de onteigening, ontzieling of marginalisering van de professionele praktijk en een bureaucratisering van het professionele handelen. In welke mate deze kritiek ook van toepassing is op de rechtspraak, zal in het volgende hoofdstuk aan bod komen. In het volgende hoofdstuk zullen tevens de fundamenteën van een kennismodel dat beter aansluit bij de professionele praktijk worden geschetst.

20 Zie voor een *mission statement* van de stichting en andere informatie www.beroepseer.nl.

Ontwikkelingen in de rechterlijke organisatie

‘Als een beroep op de [civiele] rechter noodzakelijk is, dan dient dit beroep voor de burger zo eenvoudig mogelijk te zijn. In alle gevallen moet de procedure snel, efficiënt en kwalitatief hoogwaardig zijn.’ – Ministerie van Justitie, directie Rechtsbestel²¹

2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn twee lijnen uitgewerkt. Allereerst dat het wetenschappelijke en maatschappelijke denken over rechterlijke oordeelsvorming wordt gedomineerd door het rationeel-positivistische kader. Daarnaast heb ik laten zien dat het rationeel-positivistische kader niet volstaat om uitdrukking te geven aan alle aspecten van het werk van professionals in algemene zin en rechters in het bijzonder. Deze (kennis)theoretische conclusies zijn zonder meer van belang, maar nog interessanter is wat deze voor de rechtspraktijk betekenen. Wetenschap en rechtspraktijk vormen weliswaar elk afzonderlijk domeinen, dit betekent echter niet dat beide geïsoleerd zijn ten opzichte van elkaar. Wetenschappelijk denken is dan ook een weergave van en heeft invloed op (het denken over) de rechtspraktijk, of zou dat in ieder geval moeten zijn of hebben, en de vraagstukken die in de wetenschappelijke analyse aan bod komen spelen ook binnen de Rechtspraak.

In dit hoofdstuk zal ik een verbinding leggen tussen de theorie en de praktijk. Ik zal de lijnen die in het vorige hoofdstuk zijn uitgezet doortrekken naar de rechtspraktijk door de theoretische probleemanalyse te betrekken op een aantal actuele vraagstukken over de rechtspraak. Deze ontwikkelingen komen in paragraaf 2.2 aan bod. In paragraaf 2.3 zal ik vervolgens laten zien dat het dominante rationeel-positivistische perspectief oplossingen voor een aantal problemen in de rechtspraak in de weg staat omdat cruciale aspecten van professioneel handelen kan niet tot uitdrukking kunnen worden gebracht in het begrippenkader dat dit model heeft opgeleverd.

21 Ministerie van Justitie (2006: p. 16)

Vervolgens zal ik in paragraaf 2.4 een schets geven van een alternatief perspectief: rechtspraak als praktische oordeelsvorming. De drie pijlers onder deze benadering – (i) rechtspreken als een vorm van handelen, (ii) betekenissen komen tot stand tegen een decor van stilzwijgende achtergrondkennis en (iii) kennis en handelen hebben een belichaamd karakter – worden kort ingeleid. In de volgende hoofdstukken zal ik deze pijlers vanuit verschillende aspecten van praktische oordeelsvorming – regels, feiten en beslissingen – verder uitwerken. In paragraaf 2.5 wordt de vraagstelling voor dit onderzoek geformuleerd en zal een methodologische verantwoording worden afgelegd.

2.2 Ontwikkelingen in de rechtspraak

Veel gehoord commentaar is dat rechters te kampen hebben met een (te) hoge werkdruk, dat de aandacht van het *management* vooral gericht is op een doelmatige afhandeling van zaken, dat de kwaliteit van de rechtspleging onder druk staat en dat door de modernisering van de bedrijfsvoering het professionele domein van de rechter wordt ondermijnd. Deze kritiek kan niet worden losgezien van een aantal essentiële ontwikkelingen binnen en buiten de rechtspraak. De professionele waarden en opvattingen ten aanzien van het rechterlijke werk zijn immers niet absoluut maar worden beïnvloed door maatschappelijke opvattingen en ontwikkelingen. In deze paragraaf zal ik aandacht besteden aan deze kritiekpunten in het perspectief van de belangrijkste ontwikkelingen die afgelopen jaren van betekenis zijn geweest voor de civiele rechtspleging. Het gaat om: (i) het toegenomen zaaksaanbod; (ii) de verkorting van de doorlooptijden; (iii) de toegenomen aandacht voor kwaliteit; (iv) een andere taakopvatting van de rechter; en (v) de modernisering van de rechterlijke organisatie.

2.2.1 Het toegenomen zaaksaanbod

De rechterlijke organisatie is de afgelopen decennia geconfronteerd met een explosieve groei van het zaaksaanbod. Tussen 1960 en 1995 verdrievoudigde het aantal civiele zaken dat voor de rechter werd gebracht en tussen 1995 en 2005 groeide het aanbod nog eens een keer met 56% (Van Delden, 2006: p. 10). In 2005 werden bij de sectoren civiel recht ruim 250.000 zaken aangebracht (Raad voor de rechtspraak, 2006: p. 27). Het aantal handelszaken, insolventiezaken en voorlopige voorzieningen bedroeg 113.000. Ook de sectoren kanton, straf en bestuur hebben een vergelijkbare groei gekend. Het toegenomen zaaksaanbod heeft ook zijn effect gehad op de omvang van de rechterlijke organisatie. Waar in 1960 gerechten nog uit een gering aantal rechters bestonden, zijn deze in de loop der jaren uitgegroeid tot grote organisaties. Zo telde de rechtbank Amsterdam, het gerecht met het grootste personeelsbestand, op 31 december 2005 707 fte's waarvan 176 fte's rechterlijke ambtenaren (Rechtbank Amsterdam, 2006). In 2005 werkten bij alle sectoren civiel van de rechtbanken 462 rechterlijke ambtenaren en 1.157

gerechtsambtenaren. Tussen 1995 en 2005 is het totale personeelsbestand met vijftig procent toegenomen (Commissie Evaluatie modernisering Rechterlijke Organisatie, 2006: p. 21).

De groei van het zaaksaanbod in relatie tot de groei van de organisatie heeft tot kritiek geleid. Volgens de critici zou het personeelsbestand onvoldoende zijn meegegroeid met de toename van het zaaksaanbod hetgeen tot een (onacceptabel) hoge werkdruk heeft geleid. Opvallend is dat deze kritiek afgelopen decennia een structureel karakter lijkt te hebben. Zo sprak Polak in 1985 (p. 743) zijn scepsis uit dat het lang niet altijd mogelijk is meer dan toverformules te geven aangezien de overbelasting waarmee bijna alle rechterlijke colleges te kampen hebben, de uitvoerige uiteenzetting vaak belet; in 1996 claimde de voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak honderd miljoen gulden extra voor de rechtspraak (NRC Handelsblad, 1996); in 1998 luidden de rechtbanken Den Haag en Rotterdam de noodklok omdat de rek uit de organisatie was om de toegenomen werkdruk nog te kunnen opvangen (Vinckx, 1998); en sinds zijn oprichting in 2002 heeft de Raad voor de rechtspraak bijna ieder jaar bij de minister van Justitie extra budget geclaimd om het groeiende zaaksaanbod te ondervangen. Het toegenomen zaaksaanbod vertaalt zich in een hoge werkdruk op de werkvloer. Uit recente medewerkertevredenheidsonderzoeken blijkt dat rechters en het ondersteunend personeel een hoge en bij een aantal sectoren een te hoge werkdruk ervaren (Van Delden, Van Dijk en Bauw, 2007: p. 148).

2.2.2 De verkorting van de doorlooptijden

Parallel aan het toegenomen zaaksaanbod is er meer aandacht gekomen voor de verkorting van de doorlooptijden van zaken. Door een zaak langer op 'de plank te laten liggen', kan het toegenomen zaaksaanbod deels worden ondervangen. Onnodige lange doorlooptijden in relatie tot het belang of de complexiteit van een zaak zijn echter vanuit maatschappelijk en economisch oogpunt onwenselijk (Bauw en Van Dijk, 2005: pp. 51 e.v.). Onder druk vanuit de eigen organisatie en van buitenaf is de afgelopen jaren dan ook aan hard gewerkt aan de verkorting van de doorlooptijden. In de periode 1993 – 1996 liep de gemiddelde doorlooptijd van contradictoire handelszaken bij de rechtbanken uiteen van 492 dagen bij de rechtbank Zwolle-Lelystad tot 993 dagen bij de rechtbank Rotterdam. De mediaan bedroeg in deze periode 525 dagen (Eshuis, 2005: p. 30). Deze doorlooptijden zijn aanzienlijk verkort. In 2005 bedroeg de gemiddelde behandeltijd voor een contradictoire handelszaak 414 dagen en de mediaan 336 dagen (Van Delden, 2006: p. 10). Voor zaken waarin na comparitie een schikking getroffen wordt of vonnis wordt gewezen, geldt in de regel een kortere behandeltijd.

Hoewel de afgelopen jaren de inspanningen voor een kortere doorlooptijd hun vruchten hebben afgeworpen, blijft de lange duur van procedures voor velen een doorn in het oog. Uit onderzoeken onder justitiabelen en rechtshulpverleners over de periode 2003 – 2005 blijkt dat

zestig procent van de professionele rechtshulpverleners en de helft van de justitiabelen (zeer) ontevreden is over de duur van procedures (Prisma, 2006: p. 8 e.v.). Op het gebied van de verkorting van doorlooptijden en differentiatie van procedures lijkt de komende jaren daarom nog de nodige winst te behalen (Van Delden, Van Dijk en Bauw, 2007: p. 148).

2.2.3 Meer aandacht voor kwaliteit

De laatste jaren is binnen en buiten de Rechtspraak veel aandacht uitgegaan naar de kwaliteit van de rechtspleging. In de eerste plaats is er kritiek geuit op de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de vonnissen. De groei van de organisatie, de werkdruk en nadruk op de realisatie van kwantitatieve doelstellingen hebben de afgelopen jaren in de ogen van verschillende auteurs tot een achteruitgang van de inhoudelijke kwaliteit van vonnissen geleid (o.a. Verlaan, 2005). Ook binnen de Rechtspraak wordt kritiek geuit. Zo stelt Advocaat-generaal Jörg in zijn conclusie bij HR 25 januari 2005, *NJ* 2006, 411 dat de juridisch-ambachtelijke kwaliteit in hoogste feitelijke instantie afneemt. Hoewel op deze conclusie wel wat af te dingen valt (zie o.a. Verheij, 2005: pp. 189 e.v.; en Jansen, 2005: pp. 233 e.v.) is het algemene gevoel binnen de Rechtspraak dat als gevolg van de sterke groei van de organisatie en het zaaksaanbod de juridisch-ambachtelijke kwaliteit van het rechterlijk werk onder druk staat. Daarnaast bleek uit de discussie die volgde op de rechterlijke dwalingen in de Schiedammer Parkmoord en andere geruchtmakende (straf)zaken dat bepaalde expertisegebieden van rechters onvoldoende ontwikkeld te zijn. In het strafrecht zijn statistische en forensische kennis als zwaktes in het curriculum van de rechter geïdentificeerd.

Hoewel bovenstaande kritiek hoofdzakelijk op het strafrecht ziet, zijn er ook sterke aanwijzingen dat in de civiele sectoren de kwaliteit onder druk staat en rechters dwalingen maken. Onder andere de expertise van het Europese recht (Prechal e.a., 2005), de waardering van deskundigenberichten en de zittingsvaardigheden van rechters (Ippel en Heeger-Hertter, 2006: pp. 93 e.v.) lijken voor verbetering vatbaar te zijn. Het is dan ook noodzakelijk dat meer en structureel geïnvesteerd wordt in de kwaliteit van rechters en ondersteunend personeel. Concrete maatregelen waaraan de komende jaren uitvoering gegeven wordt, zijn onder andere een ruimere financiële normering voor bepaalde zaakscategorieën, meer tijd voor permanente educatie en een aanpassing van het cursusaanbod (Van Delden, Van Dijk en Bauw, 2007: p. 150).

Bij de bespreking van kwaliteit van rechtspraak kan het programma RechtspraakQ niet ongenoemd blijven. RechtspraakQ is sinds een aantal jaar het overkoepelende en gemeenschappelijke kwaliteitssysteem voor de gerechten (Hidma en Van der Kam, 2005: p. 186). Dit systeem rust op drie pijlers: een normenkader, een ambachtelijk instrumentarium en een meetinstrumenten-

tarium.²² Het normenkader en het ambachtelijk instrumentarium zijn gericht op de versterking van de professionele praktijk zoals de bejegening van partijen en de onpartijdigheid en integriteit van rechters. Intervisie en een kwaliteitsstatuut worden gebruikt om deze praktijk te versterken. Het meetinstrumentarium is erop gericht de verschillende kwaliteitsaspecten inzichtelijk te maken. In dit kader worden onder andere vierjaarlijkse visitaties gehouden, is een meetinstrumentarium kwaliteit ontwikkeld en worden jaarlijks van alle gerechten kentallen gepubliceerd.

2.2.4 Een andere taakopvatting van de civiele rechter

De taakopvatting van de civiele rechter en de inrichting van de civiele procedure zijn de afgelopen periode aan ingrijpende veranderingen onderhevig geweest. De civiele procedure bestond voorheen uit een groot aantal – veelal schriftelijke – rondes die veel tijd in beslag namen. De rechter had slechts beperkte middelen om de procedure te versnellen en chicanes van procespartijen af te straffen. Daarnaast werd het civiele procesrecht door justitiabelen als erg formalistisch ervaren. Dit heeft bij een aantal rechtbanken geleid tot een deformalisering van civiele procedures en een actievere rechter. Tijdens de herziening van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uit 2002 zijn deze veranderingen in de wet verankerd.²³ Aan beide aspecten zal ik kort aandacht besteden.

Met de wetswijziging uit 2002 is het houden van een comparitie uitgangspunt geworden, heeft de rechter meer mogelijkheden gekregen voor regievoering op de procedure en moeten zowel de eiser als de gedaagde voortaan aan het begin van de procedure hun kaarten op tafel leggen. Bovendien is het zwaartepunt van de procedure verschoven van de stukkenwisseling naar de comparitie. Deze veranderingen zijn vooral bedoeld om tot een versnelling van de procedure te komen en een beter op de behoeften van partijen afgemeten beslissing te kunnen nemen. De wijzigingen houden ook een andere taakopvatting en attitude van de rechter in en stellen andere eisen aan de civiele rechter die gewend was het grootste deel van zijn werkzaamheden van achter het bureau uit te voeren (Hidma, 2005: p. 61). De moderne civiele rechter is responsief en interacteert tijdens de comparitie met procespartijen. Dit betekent onder andere dat een rechter veel meer dan vroeger aandacht moet besteden aan de bejegening van procespartijen.

Ook heeft het denken over de lijdelijkheid van de civiele rechter de laatste jaren een ontwikkeling doorgemaakt. In het verleden lag het primaat over de inhoudelijke en procedurele behandeling bij partijen. De rechter was in deze constellatie lijdelijk en partijen *dominus litis*. Mede onder invloed van de wijzigingen van het burgerlijk procesrecht uit 2002 is de ver-

22 Zie www.rechtspraak.nl/gerechten/rvdr voor een nadere toelichting op het kwaliteitsbeleid.

23 Wijziging boek 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, *Stb.* 2001, 623

antwoordelijkheidsverdeling tussen de rechter en partijen verschoven. Van de civiele rechter wordt verwacht dat hij zich minder lijdelijk opstelt en regie voert op de procedure, overigens zonder dat de partijautonomie te veel wordt aangetast. De commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, die in opdracht van de minister van Justitie een rapport over het Nederlands burgerlijk procesrecht heeft uitgebracht, spreekt zelfs over een gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen en de rechter voor een civiele procedure (Asser, Groen en Vranken, 2006).²⁴

2.2.5 De modernisering van de rechterlijke organisatie

Om alle hierboven beschreven ontwikkelingen te kunnen opvangen, is de Rechtspraak de afgelopen jaren geprofessionaliseerd en gemoderniseerd. Met name is geïnvesteerd in de ontwikkeling van de organisatie en een bedrijfseconomisch denken en handelen. In het licht van de toegenomen zaakinstroom en de verbeteringen van de kwaliteit van de rechtspraak zijn efficiëntie en effectiviteit belangrijke organisatiebegrippen. Om de Rechtspraak beter toe te rusten op deze taken is in 2002 een nieuw bestuursmodel ingevoerd.²⁵ De gerechten zijn zelfstandige bestuurlijke eenheden geworden die geleid worden door een integraal bestuur bestaande uit een president, een directeur bedrijfsvoering en de voorzitters van de verschillende sectoren. Daarnaast is de Raad voor de rechtspraak ingesteld. De Raad voor de rechtspraak is onder andere belast met de toekenning van budgetten aan de gerechten, de ondersteuning van de bedrijfsvoering bij de gerechten en de automatisering van de rechtspraak. Tevens heeft de Raad voor de rechtspraak een taak ondersteuning te bieden aan activiteiten van gerechten die gericht zijn op de uniforme rechtstoepassing en de bevordering van de kwaliteit.

Het nieuwe bestuursmodel heeft een grote impuls gegeven aan een aantal veranderingen, zo concludeert de commissie die de modernisering van de organisatie vijf jaar na de invoering heeft geëvalueerd (Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, 2006: pp. 25 e.v.). Waardering is er voor de vele activiteiten die de afgelopen jaren ondernomen zijn. De doorlooptijden zijn verkort, de organisatie is beter toegerust om haar taak uit te voeren en er is een kwaliteitssysteem opgezet en ingevoerd. Maar de evaluatiecommissie heeft ook haar zorgen geuit over de keerzijde van de professionalisering van de organisatie: de toegenomen productiedrang, kwaliteitsverlies en de bureaucratisering van de rechtspraak. In de visie van verschillende commentatoren lijkt de modernisering van de organisatie ten koste gegaan te zijn van de positie en, in het verlengde daarvan, het gezag van de individuele rechter (o.a. Kuitenbrouwer, 2007). De eisen van een efficiënt management en die van onafhankelijke rechtspraak lijken niet eenvoudig verenigd te kunnen worden (Loth, 1998: p. 99).

²⁴ Overigens zijn bij deze aanbeveling van de commissie door een groot aantal auteurs en adviesorganen kritische kanttekeningen geplaatst.

²⁵ Wet organisatie en bestuur gerechten *Stb.* 2001, 582 en de Wet Raad voor de rechtspraak *Stb.* 2001, 583

2.3 Analyse van de ontwikkelingen

Aan de civiele rechter wordt een veelvoud van eisen gesteld. De civiele procedure dient eenvoudig, snel, efficiënt en kwalitatief hoogwaardig te zijn, zo staat bijvoorbeeld in een analyse van het ministerie van Justitie (2006). In een individuele zaak is het hoofdzakelijk de rechter die ervoor moet zorgen dat deze – *in casu* vaak conflicterende – eisen gerealiseerd worden. Dit betekent dat de omgang met werkdruk, de beheersing van een groot aantal dossiers, de begeleiding van justitiabelen en de vaardigheid in een grote organisatie te kunnen opereren evengoed onderdelen van het werk van rechters zijn als juridische vaardigheden en het op juiste wijze motiveren van een beslissing. In een model voor rechterlijke oordeelsvorming moeten deze aspecten van het rechterlijke werk ook tot uitdrukking (kunnen) worden gebracht.

In deze paragraaf zal ik laten zien dat het rationeel-positivisme niet alleen te beperkt is om deze belangrijke dimensies van het werk van rechters en de rechterlijke oordeelsvorming tot uitdrukking te kunnen brengen, maar dat het ook de oplossing van actuele rechtspraakbrede problemen in de weg staat. Bijzondere aandacht wordt besteed aan het bedrijfseconomisch jargon (2.3.1), interactie en responsiviteit als rechterlijke vaardigheden (2.3.2) en de bureaucratisering van de rechtspraak (2.3.3).

2.3.1 Het bedrijfseconomisch jargon

De werkdruk en de lange doorlooptijden zijn het directe gevolg van een onbalans tussen de omvang van de organisatie en de zaaksinstroom. De zaaksinstroom wordt hoofdzakelijk beïnvloed door autonome factoren zoals sociaaleconomische ontwikkelingen en wetswijzigingen. Door extra rechters, griffiers en administratieve krachten aan te nemen kan de omvang van de organisatie worden aangepast aan de toenemende zaaksinstroom. Daarnaast kunnen gerechten doelmatiger werken door bijvoorbeeld de werkprocessen te stroomlijnen waardoor met hetzelfde personeelsbestand meer zaken kunnen worden afgedaan. De afgelopen jaren waren de budgettaire kaders van de Rechtspraak te krap voor de financiering van een noodzakelijke formatie-uitbreiding. De recente verruiming van de financiële kaders lijkt de komende jaren voor een verlichting van het rechterlijk apparaat te gaan zorgen.

Daarnaast zijn het financieringssysteem en de administratieve organisatie van de Rechtspraak gemoderniseerd met als doel een doorzichtiger en eerlijker allocatie van middelen. De gerechten worden op hun *output* gefinancierd. Hiervoor zijn alle uitspraken en verrichtingen ondergebracht in verschillende zaakscategorieën. In zijn simpelste vorm komt het er op neer dat gerechten per ‘product’ een vast bedrag krijgen. De afgelopen jaren is op basis van tijdschrijffonderzoeken bepaald hoeveel minuten gemiddeld aan zaak besteed wordt en wat de prijs van de producten is. In deze prijs worden zowel de waarden van een doelmatige als een kwalitatief hoogwaardige rechtspraak tot uitdrukking gebracht. In dit systeem zijn de gerechten minder afhankelijk van de uitkomsten van onderhandelingen over de budgetten.

De krapte van de budgetten voor de rechtspraak, de aandacht voor een doelmatige inrichting van werkprocessen en de modernisering van de financieringssystematiek hebben de afgelopen jaren het bedrijfseconomisch bewustzijn in de Rechtspraak tot ontwikkeling gebracht. Hierdoor zijn bedrijfseconomische begrippen als ‘klanten’, ‘productie’ en ‘werkprocessen’ die een aantal jaar geleden nog taboe waren, nu gemeengoed binnen de Rechtspraak.

De ontwikkeling van de bedrijfseconomische benadering in de Rechtspraak heeft tot een spanning tussen verschillende perspectieven geleid. De verruiming van de budgetten en de doelmatigheidsmaatregelen zijn vooral bedoeld om voldoende ruimte te geven aan een efficiënte én kwalitatief hoogwaardige rechtspraak. Het financieringssysteem zorgt ervoor dat in beginsel voldoende budget beschikbaar is om de binnengekomen zaken af te doen en “beschermt” de Rechtspraak tegen een fluctuerende instroom en politieke grillen. Tegelijkertijd heeft de dominante bedrijfseconomische benadering geleid tot een zekere vervreemding onder rechters (o.a. Hermans en Mevis, 2005: p. 47; Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, 2006; en Lahuis, 2006: p. 439). De eigenheid van het werk van rechters, zoals praktische wijsheid, rechterlijke professionaliteit en ambachtelijke samenwerking, kan niet goed tot uitdrukking worden gebracht in het bedrijfseconomische jargon. Omdat de laatste jaren door de Rechtspraak veel aandacht is besteed aan het wegwerken van achterstanden, het verwerken van de sterk toegenomen instroom van zaken, de groei van de organisatie en de ontwikkeling van het bedrijfseconomisch instrumentarium, zijn de juridisch-ambachtelijke aspecten van het rechterlijke werk in de ogen van veel rechters onderbelicht geweest (De Werd, 2007: p. 165; Boone en Langbroek, 2007: p. 233). De extra aandacht en middelen voor de kwaliteit van rechtspraak wordt door velen binnen de Rechtspraak dan ook met enthousiasme omarmd.²⁶

De rationeel-positivistische benadering staat een synthese van het bedrijfseconomische en het professionele perspectief in de weg omdat zij kenmerkende aspecten van het werk van rechters niet goed of niet volledig over het voetlicht kan brengen. Het bedrijfseconomische vocabulaire sluit daarentegen beter aan op deze benadering. Omdat het financieringssysteem er uiteindelijk op gericht is rechters zo goed mogelijk hun werk te laten doen, is het onwenselijk als rechters van dit systeem vervreemd raken. Een vocabulaire waarin de kenmerkende aspecten van het rechterlijke werkzaamheden tot uitdrukking kunnen worden gebracht, biedt een basis om de verschillen tussen het bedrijfseconomische en het professionele perspectief onder woorden te brengen. Hierin kan beter over de bijzonderheden en de kwaliteit van rechtspraak gesproken worden.

2.3.2 Interactie en responsiviteit als rechterlijke vaardigheden

Van de civiele rechter wordt vandaag de dag een interactieve en responsieve houding verwacht. De casus ‘Fietsongeval’ uit de proloog bevat een aantal voorbeelden van situaties waarin de

²⁶ Zie www.rechtspraak.nl/gerechten/rvdr voor een nadere toelichting en uitwerking.

rechter actief moet deelnemen aan de comparitie. Onverwachte gebeurtenissen – tijdens de zitting blijkt dat de eiser foto's van de plaats van het ongeval wil overleggen – en emoties van partijen vereisen situatiegevoel en improvisatievermogen van de rechter. De wijze waarop een rechter tijdens de comparitie acteert, heeft grote invloed op het verloop en de uitkomst van een procedure. Een goed *getimede* vraag of opmerking kan bijvoorbeeld voor partijen het duwtje in de rug zijn om hun zaak te schikken of om een bepaalde opmerking te maken die doorslaggevende informatie bevat. De rechter ontleent zijn gezag niet alleen meer aan zijn vonnis maar bovenal ook aan zijn optreden tijdens de comparitie.

In het rationeel-positivistische kennismodel staat expliciete kennis centraal. Andere kennisvormen, zoals situatiegevoel of situationele creativiteit, kunnen moeilijk onder woorden worden gebracht in het rationeel-positivistische begrippenkader.²⁷ Dit betekent dat in een rationeel-positivistisch model van rechterlijke oordeelsvorming slechts in beperkte mate uitdrukking gegeven kan worden aan het zittingswerk, het gezichtsbepalende deel van de werkzaamheden van hedendaagse civiele rechters. Voor een versterking van de rechtspraak en de opleiding van nieuwe rechters is een model van rechterlijke oordeelsvorming waarin uiting gegeven kan worden aan de niet-rationele aspecten van het rechterlijk werk noodzakelijk.

2.3.3 De bureaucratisering van de rechtspraak en de verambtelijking van de rechterlijke professie

Binnen de Rechtspraak is een debat gaande over de bureaucratisering van de rechtspraak. De professionalisering van de organisatie zou niet alleen maar goeds gebracht hebben. Critici betogen dat de investeringen in de organisatie van de rechtspraak hebben geleid tot een verschraling van het rechterlijke domein. Deze tegenstelling zal ik illustreren aan de hand de discussie over het kwaliteitsbeleid en de maatregelen ter bevordering van de rechtseenheid. Na de weergave van deze discussies zal ik een verbinding leggen met het onderliggende model van rechterlijke oordeelsvorming.

Hidma en Van der Kam (2005: p. 187) merken op dat het kwaliteitsprogramma een hulpmiddel is bij de kwaliteitsbevordering. Zo zouden de statuten gerechtsbesturen en rechters vooral moeten stimuleren een discussie over kwaliteit aan te gaan. Vervolgens zouden de rechters zelf concrete invulling moeten geven aan de kwaliteitsverbetering. Dat kan immers ook niet anders, omdat de kwaliteit besloten ligt in de handelingspraktijk van rechterlijke oordeelsvorming. Het kwaliteitsbeleid is vooral bedoeld een belangrijke impuls aan de verbetering van het professionele domein van rechters te geven. Tegelijkertijd is het meetinstrumentarium dat deel uitmaakt van het kwaliteitsbeleid gericht op een interventie in het rechterlijke domein.

²⁷ Zie voor een nadere toelichting subparagraaf 1.4.1.

De medewerkers- en klantwaarderingsonderzoeken, kengetallen en visitatierapporten maken verschillende aspecten van kwaliteit inzichtelijk. Het meetinstrumentarium is bedoeld om de (verbetering van) rechterlijke kwaliteit inzichtelijk te maken en met en binnen de gerechten daarover een gesprek te kunnen voeren. Het lastige daarbij is dat de kwaliteit grotendeels indirect wordt gemeten. Voorbeelden van kwaliteitsindicatoren zijn het aantal wrakingen, wachttijden voor een zitting, medewerker- en klanttevredenheid, et cetera. Deze indicatoren zeggen niets over de kwaliteit van de rechterlijke oordeelsvorming zelf of hoe deze *in concreto* verbeterd kan worden.

Ook is de afgelopen jaren sterk ingezet op de vergroting van de formele en allens ook de materiële rechtseenheid. Met de rechtseenheid wordt uitdrukking gegeven aan de rechtsstatelijke waarde van rechtsgelijkheid. De mate waarin een uitspraak aansluit bij uitspraken in vergelijkbare gevallen is medebepalend voor de acceptatie van een rechterlijk oordeel. Ook een breed scala aan hulpmiddelen voor rechters ontwikkeld zoals *wizards*, protocollen, handleidingen, sjablonen en werkprocesbeschrijvingen (zie Van Dijk (2007) voor een overzicht en analyse). Rechters en secretarissen kunnen deze hulpmiddelen gebruiken bij de rechterlijke oordeelsvorming om zo tot een beter resultaat te komen. Protocollen kunnen op twee manieren worden gebruikt: als een hulpmiddel in het besluitvormingsproces of als een instrument om processen van rechterlijke oordeelsvorming objectiever en eenvormiger te laten verlopen (Loth, 2001: p. 112). De gedachte bij de laatste benadering is dat door de discretionaire ruimte van de rechter te protocoliseren grip op het doen en laten van rechters gekregen kan worden waarmee de rechtseenheid wordt vergroot. Hiermee wordt rechtstreeks geïntervenieerd in het rechterlijk domein.

Het debat over maatregelen ter versterking van de kwaliteit en de rechtseenheid illustreert dat er een spanning bestaat tussen het organisatorische domein van de rechterlijke organisatie en het professionele domein van rechters. Het organisatorische domein is binnen de rechterlijke organisatie traditioneel zwak geweest, maar heeft door de versterkingen van de afgelopen jaren aan positie gewonnen. Hierdoor is de balans tussen het organisatorische en het professionele domein anders komen te liggen. In algemene zin kan niet worden aangegeven hoe het organisatorische domein zich moet verhouden tot het professionele domein. Idealiter is de organisatie zo is ingericht dat de professionele praktijk optimaal kan floreren. Dit organisatie-model zou moeten aansluiten bij een onderliggend rechterbeeld en model van rechterlijke oordeelsvorming dat de dagelijkse rechtspraak praktijk goed weergeeft.

In het vorige hoofdstuk heb ik laten zien dat in het rationeel-positivistische model het primaat van de rechterlijke oordeelsvorming bij het recht ligt; dit geldt in het bijzonder voor het overgrote deel van de eenvoudige gevallen, waarin de rechter niets meer hoeft te doen dan het recht toe te passen. Dit rechtersbeeld biedt slechts beperkte ruimte voor rechterlijke autonomie, beroepstrots en andere professionele waarden. In het volgende hoofdstuk zal ik aan de hand van een bespreking van het werk van Holmes en Scholten laten zien dat een dergelijk

onpersoonlijk, ‘verambtelijkt’ en geanonimiseerd beeld van het rechterswerk empirisch en normatief onjuist is. Rechterlijke oordeelsvorming is naar haar aard een wilsdaad en een vorm van praktische oordeelsvorming in een sociaalhistorische context. In dit perspectief ligt het primaat van de rechterlijke oordeelsvorming bij degene die de handeling moet uitvoeren zelf.

Bovenstaande kritiek richt zich niet op de professionalisering van het management van de Rechtspraak en ook niet op de ontwikkeling van verschillende hulpmiddelen die rechters kunnen – en in veel gevallen zouden moeten – gebruiken bij de behandeling van een zaak. De zorg heeft voornamelijk betrekking op de (on)balans tussen het domein van de organisatie en dat van de rechter als drager van de rechtspraak. Omdat niet alle stappen in een proces van oordeelsvorming geëxpliciteerd kunnen worden, zo zagen wij in paragraaf 1.2, wordt van de rechter moed vereist. Hij moet de moed hebben om een beslissing te nemen die juist aanvoelt, maar niet volledig kan worden gerationaliseerd. Rechters hebben een organisatie nodig die ruimte biedt om deze durf waar te maken.²⁸ Het rationeel-positivisme dat gericht is op een (intellectuele) beheersing van de werkelijkheid en expliciete kennis centraal stelt, biedt onvoldoende basis voor een dergelijk organisatie-model. Om een passend antwoord te geven op het beeld van de bureaucratisering van de rechtspraak is dan ook een model van rechterlijke oordeelsvorming vereist dat op een andere leest is geschoeid. In de volgende paragraaf zullen de contouren van dit model worden geschetst.

2.4 Rechtspraak als praktische oordeelsvorming

Het rationeel-positivisme levert een beperkt begrip van de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming op en belemmert de oplossing van een aantal actuele problemen in de Rechtspraak. Dit zijn belangrijke tussenconclusies van dit onderzoek. Deze constatering is echter niet voldoende. Het is de taak van de (rechts)wetenschap om de deelnemers aan de (rechts)praktijk in staat te stellen te reflecteren op het werk (Schön, 1983: p. 313) en daarmee de rechtspraktijk te (laten) ontwikkelen (Kunneman, 1991: p. 8). Om de rechtspraktijk te ondersteunen bij de omgang met de dagelijkse problematiek, is van belang dat de uitgangspunten van het denken over rechterlijke oordeelsvorming aansluiten bij de praktijk waarin rechters opereren. In deze studie ga ik op zoek naar uitgangspunten die de basis vormen voor een model waarin de essentialia van rechterlijke oordeelsvorming beter tot hun recht komen. Hiervoor volstaat het niet om de rechterlijke oordeelsvorming vanaf een ander niveau (micro in plaats van macro),

28 Dat moed in de kern van de professionele rechterlijke praktijk is gesitueerd, blijkt onder andere uit de eed of belofte die rechters bij de aanvaarding van hun ambt afleggen. Daarin zweren of beloven zij zich als een braaf ambtenaar te zullen gedragen, waarbij braaf de oorspronkelijke betekenis van *dapper* heeft (Penn – Te Strake, 2006).

op een andere manier (meer empirisch onderzoek) of *bottom-up* in plaats van *top-down* te benaderen (Wagenaar en Cook, 2003).

Aan het verrijkte model van rechterlijke oordeelsvorming moet een fundament ten grondslag liggen, waarin de relatie tussen kennis, handelen en de praktijk anders vormgegeven wordt dan in het rationeel-positivisme. Het laatst genoemde model staat in de weg aan een diepgaander, rijker en adequater begrip van de dagelijkse praktijk, zo heb ik hiervoor beargumenteerd. Dit fundament zal dan ook recht moeten doen aan deze elementen die zich concretiseren in *handelingen* en sociaalhistorisch gevormde – grotendeels stilzwijgende – *achtergrondkennis*. Daarnaast is het *belichaamde* karakter van rechterlijke oordeelsvorming van belang. Aan alle drie de elementen van dit kennis- en handelingstheoretische perspectief op rechterlijke oordeelsvorming besteed ik hieronder kort aandacht.

2.4.1 Handelingen

Het fundament voor rechterlijke oordeelsvorming moet worden gezocht in de praktijk van de rechtspraak. Rechtspraak en rechterlijk oordeelsvorming zijn de dagelijkse bezigheden van rechters, secretarissen en administratief medewerkers bij gerechten. Dit werk heeft een fysieke dimensie; het speelt zich af in een organisatorische context, en bestaat onder andere uit het lezen van dossiers, het houden van comparities, het uitwerken van vonnissen en het voeren van team- en sectoroverleggen. Deze handelingen zijn de dragers van de rechterlijke oordeelsvorming en komen tot stand in een concrete context. Zonder deze bezigheden van rechters, griffiemedewerkers, advocaten, procespartijen en alle anderen die bij de rechtspleging betrokken zijn, zou er geen sprake zijn van rechtspraak. Voor rechterlijke oordeelsvorming moet werk verzet worden. Dit werk heeft misschien grotendeels een intellectueel karakter, maar dat neemt niet weg dat het in een fysiek-organisatorische context tot stand moet komen: voor een comparitie moeten rechter en partijen lijfelijk aanwezig zijn in een enquêtekamer, de administratie heeft beperkte capaciteit om binnengekomen stukken te verwerken en rechters moeten hun vonnis uitwerken en ondertekenen.

De 'blote handelingen' leren ons echter weinig over de betekenis en de organisatie van het werk (Wenger, 1998: p. 51). Om het werk van rechters te kunnen begrijpen, om deze fysieke handelingen te kunnen duiden, moeten we naar het achterliggende betekenisstelsel kijken; de kennis en de ervaring die de rechter in de loop der jaren heeft opgedaan; de dilemma's waarmee een rechter te maken heeft; een meningsverschil met collega-rechters over de inhoud van een vonnis; het gevoel dat in een getuigenverhoor niet alle relevante feiten boven tafel zijn gekomen; de vaardigheid om partijen tot een schikking te bewegen; problemen met halsstarrige procespartijen. Het bestuderen van een dossier, het schrijven van een vonnis, het voeren van een getuigenverhoor en andere rechterlijke bezigheden zijn niet meer dan de vorm waarin het rechterswerk verschijnt (Taylor, 1977: p. 116). De ware betekenis en essentie van

het werk liggen besloten in de achterliggende, veelal impliciete opvattingen over het werk. Deze honderden praktische oordelen, vanzelfsprekende routines, expliciete en stilzwijgende kennis die in concrete situaties aangewend wordt, de wijze waarop rechters in een juridisch-normatieve omgeving operen, hoe omgegaan wordt met emotionele situaties, bepalen wat rechterlijke oordeelsvorming inhoudt (Wagenaar, 2004: p. 643).

In onder andere de bestuurs- en beleidswetenschappen heeft deze praktische benadering de laatste decennia een sterke bloei gekend. De rechtswetenschappen en de rechtstheorie zijn, met uitzondering van het werk van Wittgenstein, tamelijk onbekend met deze benadering.

2.4.2 Stilzwijgende achtergrondkennis

Om de dagelijkse praktijk te kunnen begrijpen en daarin effectief te kunnen opereren, moet een rechter aangesloten zijn op de achterliggende betekenisverlenende structuur. De wijze waarop deze aansluiting vorm krijgt, is een belangrijk onderdeel van het denken over rechterlijke oordeelsvorming. Grofweg kunnen drie benaderingen onderscheiden worden waarin de relatie tussen de kennis en de sociale wereld wordt ingevuld. Het betreft de rationalistische, de empiristische en de hermeneutische kennistheorie. Voor de volledigheid zal ik aan alle drie de benaderingen kort aandacht besteden.

In de *rationalistische kennistheorie* ligt de betekenisverlenende structuur in de kennis van de handelende actor besloten. Zoals hiervoor uitgewerkt werd, is de dominante stroming in het denken over de rechterlijke oordeelsvorming gebaseerd op dit epistemologische uitgangspunt. De rechter kent de betekenis van de rechtspraktijk en de handelingen van de verschillende actoren daarin. In hoofdstuk 1 is dit rationele kennistheoretische uitgangspunt geproblematiseerd; de werkelijkheid laat zich in beperkte mate kennen, veel van het rechterlijk handelen is spontaan en intuïtief en rechterlijke beslissingen hebben een open, onbepaald karakter. Bovendien kan aan de hand van het rationalisme niet goed worden beantwoord hoe – het voor de rechtspraak belangrijke – begrip van sociale verhoudingen tot stand komt. De rationalistische epistemologie is, zoals hierboven beargumenteerd, dan ook niet geschikt als fundament voor een model voor rechterlijke oordeelsvorming.

Het *empirisme* is in zekere zin spiegelbeeldig aan het rationalisme. In deze traditie ligt het primaat van begripsvorming niet zo zeer bij de ratio, maar bij de (sociale) werkelijkheid. Een objectieve en systematische bestudering is de basis voor begrip van de werkelijkheid en de achterliggende betekenissen (Hawkesworth, 1988: p. 3). In de empirisch ingestelde sociale wetenschappen is deze benadering dominant (Taylor, 1977). De observatie van de blote werkelijkheid ligt ten grondslag aan onze kennis van die werkelijkheid. Dit proces van kennisverwerving kan worden verstoord, doordat objectieve waarneming en subjectieve interpretatie

door elkaar gaan lopen. Op deze wijze verworven kennis en begrip is onvolledig en onzuiver. De interpretatie en waardering van waargenomen feiten, is vervolgens een particuliere aangelegenheid, waarover de wetenschap in beginsel weinig zinnigs kan zeggen.

Ook de empiristische benadering is te beperkt voor de bestudering van rechterlijke oordeelsvorming; blote handelingen en verschijnselen hebben geen intrinsieke betekenis, zoals ik hieronder verder zal uitwerken. Een stuk papier met letters, een mooie stempel en een handtekening van de rechter en de griffier is naar zijn aard geen vonnis. Het vonnis wordt pas een vonnis als zowel de opsteller als de lezer het aan de hand van een gedeeld kader als zodanig interpreteren. Bovendien zeggen de zuivere observaties niets over de intenties van de handelende actor, terwijl juist die bedoelingen in belangrijke mate de betekenis van sociale handelingen bepalen (Bourdieu, 1998: pp. 75-6). Dit geldt in het bijzonder voor de rechtspraktijk. Het oogmerk van (rechts)handelingen en de betekenis die deze voor betrokkenen hebben, zijn medebepalend voor de rechtsgevolgen die een rechter daaraan kan toekennen. In de empiristische kennistheorie komen deze dimensies niet tot hun recht (Taylor, 1977: p. 106).

Als laatste kan een *hermeneutische kennistheorie* onderscheiden worden. In deze stroming staat de integratie van het kennende subject met het kennisobject voorop. In de hermeneutiek kan het kennende subject de werkelijkheid alleen betekenis geven vanuit een historisch gevormd interpretatiekader. Rechter De Jong kan de casus 'Fietsongeval' duiden omdat hij onder andere bekend is met verkeerssituaties en het vigerende aansprakelijkheidsrecht. Dit kader en de gebeurtenissen in de (sociale) wereld staan in een dialectische verhouding tot elkaar. Zonder een dergelijk kader is geen begripsvorming mogelijk. Dit kader heeft een sociaalhistorisch karakter omdat individuele ervaringen zijn ingebed in een sociaal gevormde betekenisstructuur (MacIntyre, 1981/1984: p. 221). Om betekenisvol sociaal handelen tot stand te kunnen brengen is van belang dat actoren een sociaalhistorisch gevormde achtergrondkennis delen. In deze interactie komt actueel begrip tot stand. "[W]e cannot think of the human mind as entity separate from an environment. Perception and cognition do not happen somewhere up in the head, but rather they involve an interactive information-processing mesh that cuts across a simplistic organism/environment distinction" (Burke, 1995: p. 95). In de hoofdstukken 4 en 6 kom ik nog uitvoerig terug op deze processen van betekenisvol handelen.

De hermeneutiek is geschikt als basis voor een model van rechterlijke oordeelsvorming, omdat daarin wordt uitgegaan van een open, wederkerige relatie tussen het kennende subject en het kennisobject. In de hermeneutische benadering komt een *dialogical consciousness* in de plaats van de rationalistische en empiristische *monological consciousness* (Taylor, 1995d: p. 169). In het monologisch bewustzijn staat een individu in contact met anderen en de (sociale) wereld om hem heen via representaties daarvan. "The subject is first of all an inner space, a "mind" to use the old terminology, or a mechanism capable of processing representations [...]" (ibid.). De wederkerige relatie tussen een individu en zijn omgeving, de invloed

van anderen op het kennende individu en het “lichamelijke” aspect van kennis worden in dit monologische kennisconcept buiten beschouwing gelaten. De dialogische benadering van kennis omvat wel deze wederkerigheid en sluit dan ook beter aan bij de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming, waarin de rechter te maken heeft met een grillige werkelijkheid, een dynamische omgeving en beperkte tijd en middelen om zijn taak te kunnen volbrengen. Om intelligent handelen mogelijk te maken, is vereist dat de rechter zijn handelen afstemt op zijn omgeving (Suchman, 1987: p. 50). Van belang is dat een rechter zijn kennis benut om de ander te begrijpen, zijn eigen handelen af te stemmen op dat van anderen, om wederzijds begrip en sociaal handelen mogelijk te maken. “The end is being able in some way to function together with the partner, and this means listening as well as talking, and hence may require that I redefine what I am aiming at” (Taylor, 2002: p. 128).

De hermeneutiek is geen vreemde eend in de rechtswetenschappelijk bijt. Het hermeneutische werk van Gadamer, Esser en Larenz en Vranken behoort inmiddels tot de rechtstheoretische standaardbibliotheek. In hoofdstuk 4 zal aandacht worden besteed aan de betekenis van de hermeneutiek voor de kijk op de “toepassing” van regels.

2.4.3 Belichaming

Rechterlijke oordeelsvorming is concreet en actueel. Zo moet rechter De Jong een uitspraak doen over de casus ‘Fietsongeval’ en vaststellen welk feitelijk verloop deze casus kent en welke rechtsregels van toepassing zijn op die casus. Hij kan dit oordeel alleen vellen door de casus volledig op zich te laten inwerken. De comparitie heeft daarnaast nog een nadrukkelijke fysieke en sociale component waarin de rechter vanuit zijn eigen rol participeert. Ook deze aspecten zijn essentieel zijn voor de rechterlijke oordeelsvorming (Taylor, 1995d: p. 169). Immers, zonder deze fysieke participatie zou er simpelweg geen comparitie geweest zijn.

Het scherpe onderscheid tussen de actor en zijn omgeving staat in de weg van een goed begrip van alle dimensies van rechterlijke oordeelsvorming. Met name in de niet-propositi-onele aspecten van het rechterlijk werk, zoals het situatiegevoel, de praktische wijsheid en de intuïtie, vindt een zekere integratie plaats tussen de actor en zijn omgeving. De casus ‘Fietsongeval’ bevat een aantal mooie voorbeelden van een dergelijke integratie. De opmerkingen van partijen en de rechter vloeien min of meer in elkaar over en het lijkt of tijdens de comparitie een van tevoren geschreven script wordt uitgevoerd. Dit haast routinematige, vloeiende handelen is mogelijk omdat een rechter de handelingen en de achterliggende sociale structuur eigen gemaakt heeft. Tussen de rechter en de procespartijen en tussen het handelen en kennis bestaat een *deep continuity* (Wagenaar en Cook, 2005: p. 14).

Ter illustratie van de werking van belichaamde kennis, voer ik het volgende citaat van de socioloog Bourdieu (1998: p. 80) op: “Social agents [...] who have embodied a host of practical schemes of perception and appreciation functioning as instruments of reality construction, as

principles of vision and division of the universe in which they act, do not need to pose the objectives of their practices as ends. They are not like *subjects* faced with an object (or, even less, a problem) that will be constituted as such by an intellectual act of cognition; they are as said absorbed in their affairs (one could also say their “doing”): they are present at the coming moment, the doing, the deed (*pragma*, in Greek) the immediate correlate of practice (*praxis*) which is not posed as an object of thought, as a possible aimed for on a project, but which is inscribed in the present of the game.” In de belichaamde kennis, de nauwe verwevenheid tussen de actor en zijn omgeving, komen het concrete handelen en de stilzwijgende achtergrondkennis samen. Daarmee vormt belichaamde kennis en handelen een belangrijk fundament onder de benadering van rechterlijke oordeelsvorming die ik hieronder zal uitwerken. Alleen de actor die daadwerkelijk handelt, die participeert in een concrete situatie, “ondervindt” het belichaamde karakter van rechterlijke oordeelsvorming.

Aan het belichaamde karakter van rechterlijke oordeelsvorming is in de rechtstheorie en de rechtswetenschappen nauwelijks aandacht besteed.²⁹ Schrijvers die veel over dit onderwerp geschreven hebben, zoals Bourdieu, Merleau-Ponty en Taylor, worden slechts mondjesmaat aangehaald in de literatuur die ziet op de rechterlijke oordeelsvorming.

2.4.4 Praktische oordeelsvorming

De hiervoor beschreven theoretische concepten – handelingen, stilzwijgende achtergrondkennis en belichaming – vormen samen de pijlers onder de praktische oordeelsvorming. In dit kennis- en handelingstheoretische concept staat een praktisch inzicht in de werkelijkheid waarin rechters opereren en een pragmatische omgang met alledaagse problemen in processen van rechterlijke oordeelsvorming centraal. Het handelingsimperatief geeft invulling aan het begrip van het feitencomplex waarover een oordeel moet worden uitgesproken en de interpretatie van het recht. Daarnaast ervaren rechters de problemen en de oplossingsmogelijkheden als een geïntegreerd geheel. Het concept praktische oordeelsvorming zal in de volgende hoofdstukken met behulp van theoretische concepten en empirisch materiaal nadere invulling krijgen.

2.5 Probleemstelling

In deze paragraaf komen de centrale vraag (2.5.1), de methodologische verantwoording (2.5.2) en de leeswijzer (2.5.3) aan bod.

29 Van Dunné (1987/2006: p. 817) is één van de schrijvers die wel aandacht heeft besteed aan dit thema.

2.5.1 Centrale vraag

Centraal in dit onderzoek staat de vraag op welke wijze rechterlijke oordeelsvorming benaderd kan worden. Rechtspraak als een vorm van praktische oordeelsvorming biedt hiervoor een goede basis. In het onderzoek zal ik dit concept theoretisch inkleuren en laten zien hoe aan de hand hiervan alledaagse oordeelsvorming van rechters gewaardeerd en begrepen kan worden. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvragen:

(1) Hoe ziet civielrechtelijke rechtspleging als een vorm van praktische oordeelsvorming eruit? Op welke wijze komt in dit perspectief actueel begrip van de situatie waarover de rechter zich een oordeel moet vormen tot stand? Hoe kan de rechter vervolgens effectief en aanvaardbaar handelen in die sociaaljuridische werkelijkheid?

(2) Kan in het perspectief van praktische oordeelsvorming beter uitdrukking gegeven worden aan de alledaagse praktijk van rechterlijke oordeelsvorming dan in het rationeel-positivistische kennismodel?

(3) Welke implicaties heeft het perspectief van praktische oordeelvorming voor de praktijk van civielrechtelijke rechtspleging, de organisatie en het kwaliteitssysteem van gerechten, de opleiding van rechters en de agenda van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming?

2.5.2 Methodologische verantwoording

Zoals in de vorige subparagraaf uitgewerkt, staat in dit onderzoek de vraag centraal of het perspectief van rechtspraak als een vorm van praktische oordeelsvorming een beter begrip geeft van de civiele rechtspleging dan de dominante rationeel-positivistische benadering. Voor een beantwoording van deze kennis- en handelingstheoretische vraag is van belang dat empirische observaties een onderdeel zijn van de theoretische inzichten van de rechtspraktijk. Deze integratie tussen een theoretische reflectie en de dagelijkse praktijk van *practitioners* “cannot be achieved by researchers who keep themselves removed from contexts of action, nor by practitioners who have limited time, inclination or competence for systematic reflection. Its development will require new ways of integrating reflective research and practice” (Schön, 1983: p. 320). In het onderzoeksontwerp moet deze verwevenheid tussen een theoretische reflectie enerzijds en analyse van het onderzoeksmateriaal anderzijds terugkomen. *Grounded theory*, een benadering van onderzoek en theorievorming die hieronder allereerst wordt toegelicht, biedt een dergelijk integratiekader. Vervolgens zal worden toegelicht op welke wijze de data verzameld en geanalyseerd zijn.

Grounded theory

De uitspraken en handelingen van rechters hebben geen intrinsieke betekenis, schreef ik in de vorige paragraaf. Begrip heeft een belichaamd karakter en rijst uit het samenspel tussen de handeling en de gedeelde betekenisverlenende achtergrondkennis. Dit – voornamelijk hermeneutische – kennistheoretische inzicht heeft ook consequenties voor de analyse van het onderzoeksmateriaal. Ook de onderzoeker zal dit proces van betekenisverlening moeten ervaren en dat lukt niet als hij op afstand van zijn onderzoeksobject blijft. Anders dan in de veel gebruikte deductieve benadering van sociaalwetenschappelijk onderzoek, waarin aan de hand van een uit de theorie afgeleide hypothese data verzameld worden, moet de onderzoeker een dialoog met het onderzoeksmateriaal aangaan (Wagenaar en Weiss, 2004: p. 3).

Anders gezegd, vanuit de data wordt een theorie opgebouwd (Charmaz, 1990: p. 1162). Deze kijk op dataverzameling en theorievorming wordt *grounded theory* genoemd. Glaser en Strauss (1967) worden beschouwd als de grondleggers van deze benadering, ware het niet dat zij *grounded theory* in een positivistischer kader plaatsten dan de meeste hedendaagse onderzoekers die met deze methode werken. Mede onder invloed van de hermeneutiek wordt *grounded theory* tegenwoordig vooral beschouwd als “systematic inductive guidelines for collecting and analyzing data to build middle-ground theoretical frameworks that explain the collected data” (Wagenaar en Weiss, 2004: p. 1). Deze verhouding tussen de onderzoeker en zijn onderzoeksobject vertaalt zich door naar de positie en de reikwijdte van een theoretisch kader. Dit kader bevat geen finaal inzicht in het object waarop de wetenschappelijke interesse gericht is, maar een strategie om de data te benaderen (Wagenaar en Weiss, 2004: p. 2).

Een *grounded theory* komt tot stand via een dialoog tussen de onderzoeker en de data. De onderzoeker treedt zijn data echter niet blanco tegemoet. De onderzoeker benadert de data vanuit zijn – theoretisch gevormde – achtergrondkennis waardoor hij meer of minder gearticuleerde opvattingen over en beelden van het onderzoeksobject, in het geval van dit onderzoek, rechterlijke oordeelvorming heeft. Deze opvattingen kunnen worden beschouwd als preliminaire theorieën die de onderzoeker helpen te bepalen wat relevant is en waarnaar hij verder kan of moet zoeken. Bovendien maakt dit voorbegrip van de data een dialoog mogelijk (Wagenaar en Weiss, 1994: p. 7-8). Uit de dialoog tussen de onderzoeker en de data, waarin de data het laatste woord hebben, groeit de preliminaire theorie gaandeweg uit tot een *grounded theory*. Dit betekent dat theorievorming al tijdens de dataverzameling begint en van invloed is op de kijk van de onderzoeker op het onderzoeksobject en dat de inzichten tijdens het onderzoek worden opgedaan van invloed zijn op de onderzoeksvragen (Charmaz, 1990: p. 1162).

In navolging op de inzichten die *grounded theory* hebben opgeleverd, probeer ik in mijn onderzoek geen theorie over rechterlijke oordeelvorming te *toetsen* maar datgene dat rechters doen te verklaren vanuit de alledaagse praktijk. De inzet van dit onderzoek is een beter *begrip*

te krijgen van deze praktijk via een stelselmatige reflectie. Hiervoor is noodzakelijk dat ik in deze studie de (deels) verborgen aspecten van het dagelijkse werk van rechters zo veel mogelijk zichtbaar maak door een *grounded analyse* van het van nature rijke empirische materiaal. Maar ook *vice versa*; het theoretische concept dat in dit onderzoek centraal staat, wordt met het empirische materiaal verrijkt. Uiteindelijk zou de geïntegreerde benadering, waarin het theoretische vocabulaire en het empirisch materiaal wederkerig op elkaar betrokken worden, een diepgaand(er) inzicht in de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming moeten opleveren.

Dit betekent dat ik in dit onderzoek voor de lastige opgave sta het onuitgesprokene in de rechterlijke oordeelsvorming, de *interplay* tussen de gesitueerde handeling en het decor van stilzwijgende kennis, onder woorden te brengen. Hiervoor is een begrip van de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming noodzakelijk, welke slechts kan rijzen als het onderzoeksmateriaal en de theorie in een wederkerige relatie tot elkaar staan. “[R]esearchers who work in an interpretive or constructivist tradition, cannot avoid to enter a dialogue between their theoretical assumptions and the “data”, even if the data are themselves heavily theory-laden” (Wagenaar en Weiss, 1994: p. 6). In mijn onderzoek heb ik aan deze dialoog inhoud gegeven door de analyse van het empirisch materiaal af te wisselen met het uitwerken van de theorie. Tegelijkertijd hebben de illustraties van de theorie met het empirisch materiaal ervoor gezorgd dat de theorie ‘tot leven komt’ in de context van de praktische rechtspleging. De verwevenheid tussen het onderzoeksmateriaal en de theorie komt ook terug in de opzet van de hoofdstukken waarin verschillende aspecten van rechterlijke oordeelsvorming (regels, feiten en beslissingen) behandeld worden.

Werkwijze

Voor dit onderzoek heb ik bij de rechtbanken Grootstad, Middelstad en Kleinstad comparaties, kortgedingzittingen, getuigenverhoren en raadkameroverleg geobserveerd en bij rechters interviews afgenomen over rechterlijke oordeelsvorming.³⁰ Bij de rechtbank Kleinstad heb ik in december 2004 een groepsinterview afgenomen en bij de rechtbank Middelstad in de periode januari tot en met november 2004 (groeps)interviews gehouden en observaties gedaan. Bij de rechtbank Grootstad heb ik in april en mei 1999 verschillende interviews met rechters afgenomen. Laatstgenoemde interviews heb ik aanvankelijk afgenomen in het kader van mijn doctoraalscriptie, maar omdat deze ook van grote waarde bleken voor dit promotieonderzoek, heb ik deze ook gebruikt. In de interviews werd de rechters hebben de rechters gesproken over alledaagse zaken en de problemen die zij daarin tegenkomen. Van alle interviews en

30 Omwille van de anonimisering werk ik met fictieve namen voor de rechtbanken waar ik onderzoek gedaan heb. Zoals de namen van deze fictieve rechtbanken suggereren, heb ik mijn data verzameld bij een grote, een middelgrote en een kleine rechtbank. Ook de namen van de rechters, de griffier en procespartijen die in dit onderzoek worden opgevoerd, zijn fictief. Eventuele gelijkenissen berusten op toeval.

observaties is een woordelijk transcript gemaakt. Het grootste deel van de interviews is op band gezet en later uitgewerkt. Met het oog op de vertrouwelijkheid en de geheimhoudingsplicht zijn van de zittingen en, voor zover van toepassing, het aansluitende raadkameroverleg geen bandopnamen gemaakt. Wel heb ik meegeschreven en op basis van mijn aantekeningen direct na afloop van iedere zitting een woordelijk verslag gemaakt. De transcripties van de observaties en de interviews hebben vervolgens gediend als basis voor de analyse.

De analyse van het materiaal bestaat uit een viertal onderdelen: coderen, sorteren, integreren, waarbij de laatste stap uiteen valt in een integratie op micro-niveau (*local integration*) en op macro-niveau (*inclusive integration*) (Weiss, 1994: pp. 153-162). Allereerst ben ik begonnen met de codering van de transcripties, het ruwe onderzoeksmateriaal. De codes heb ik ontleend aan het onderzoeksmateriaal zelf (Welke onderwerpen kwamen vaak aan bod in de interviews? Tegen welke problemen lopen rechters in hun dagelijkse werkzaamheden aan?), in combinatie met een eerste uitwerking van een theoretisch kader. Voorbeelden van codes zijn het handelingskarakter van een rechterlijke beslissing, de openheid voor nieuwe inzichten, vooroordelen en besluitvorming onder onzekerheid. Deze begrippen worden in de volgende hoofdstukken nog nader toegelicht. Na de codering van de transcripties heb ik de onderdelen die samenvallen gegroepeerd (sortering) en gebruikt om minitheorieën op te stellen, op basis waarvan ik vervolgens het theoretisch kader nader heb ingevuld en uitgewerkt (integratie). Iedere keer ben ik op zoek gegaan naar betekenisverlenende dwarsverbanden tussen het gevonden empirisch materiaal en de theoretische inzichten. Aan het einde van het schrijfproces ben ik nog een keer met het inmiddels verrijkte inzicht in de rechterlijke oordeelsvorming, door het empirisch materiaal heengegaan. Tussen dat moment en de eerste analyse van het empirisch materiaal zat een periode van ongeveer twee jaren. Deze inmiddels verder ontwikkelde kijk op rechterlijke oordeelsvorming gaf dan ook een nieuw inzicht in het empirisch materiaal. Waar relevant heb ik het theoretisch kader of mijn analyse van de casussen nog verder verrijkt met nieuw, oud materiaal.

Weiss (1994: p. 153) onderscheidt twee strategieën om de data te analyseren: een *issue-* en een *case-focused* benadering. Van beide benaderingen heb ik gebruik gemaakt in dit onderzoek. De onderdelen van de interviews die betrekking hebben op de thema's die in dit onderzoek aan bod komen – op macroniveau regels, feiten en beslissingen en vervolgens per thema verder uitgewerkt – worden in ieder hoofdstuk gepresenteerd. Deze onderdelen zijn richtinggevend geweest voor de samenstelling van het theoretisch kader en tegelijkertijd zorgen zij voor een verrijking van dit kader. Vervolgens heb ik ook gebruik gemaakt van de *case-focused* benadering. De casussen waarmee de hoofdstukken worden ingeleid zijn integraal geanalyseerd aan de hand van de opgedane grounded inzichten. Door zowel de *issue-* als de *case-focused* benadering te gebruiken ontstaat een verfijnd 'raster' van inzichten in het onderzoeksmateriaal. Door deze tweeledige benadering ontstaat een verrijkt begrip van het alledaagse werk van civiele rechters.

In dit onderzoek wordt slechts een beperkt deel van het onderzoeksmateriaal gepresenteerd. Van het verzamelde materiaal – 36 casussen en veel beschrijvingen van aspecten van rechterlijke oordeelsvorming zonder dat een direct verband wordt gelegd met een casus (in totaal 116 pagina's gespreks- en observatieverslagen) – worden vier zaken uitvoerig beschreven. Deze casussen dienen ook als illustratiemateriaal voor de theoretische noties en drie van de vier casussen worden integraal geanalyseerd. Daarnaast worden nog delen uit andere casussen of interviews gebruikt ter adstructie van theoretische noties. De inhoud en behandelwijze van het weergegeven casussen zijn representatief voor het door mij verzamelde onderzoeksmateriaal.³¹ Deze casussen bevatten mooie illustraties om de beginselen van de praktische oordeelsvorming te larderen. Omdat de behandelwijze en niet de uitkomst van de casussen centraal staat in dit onderzoek, zal ik het materiaal niet integraal bespreken. Wel zal ik, waar mogelijk en relevant, een verbinding leggen tussen de opgevoerde casussen of citaten en het overige onderzoeksmateriaal.

2.5.3 Leeswijzer

Dit onderzoek kent de volgende structuur. De eerste onderzoeksvraag zal in de hoofdstukken 3 tot en met 6 behandeld worden. In hoofdstuk 3 blijf ik dicht bij het rechtswetenschappelijke huis. Ik zal laten zien dat de rechtsvindingstheorieën van Holmes en Scholten een degelijke basis bevat voor civiele rechtspraak als praktische oordeelsvorming. Op een aantal punten kan de visie van Holmes en Scholten op rechterlijke oordeelsvorming worden verdiept met inzichten die de hermeneutiek, het pragmatisme en de handelingspraktijktheorie hebben opgeleverd. Dit zal ik in de daarop volgende hoofdstukken (4, 5 en 6) doen en uitwerken welke betekenis de regels, de feiten en de beslissingen in de praktische oordeelsvorming hebben. In deze hoofdstukken staat een casus uit het door mij verzamelde onderzoeksmateriaal centraal. In het concluderende hoofdstuk 7 zullen de laatste twee onderzoeksvragen beantwoord worden. Waar mogelijk zal ik concrete aanbevelingen ten behoeve van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming en de rechtspraktijk doen.

31 Dat het gepresenteerde materiaal representatief is voor de verzamelde data, hoeft vervolgens niet te betekenen dat het ook representatief is voor de alledaagse civiele rechtspleging in algemene zin. Gezien de beperkte omvang van het verzamelde materiaal kan deze uitspraak niet zonder meer gedaan worden. Dit neemt echter niet weg dat de inzichten die dit onderzoek hebben opgeleverd een grounded inzicht geven in de alledaagse praktijk van rechterlijke oordeelsvorming.

HOOFDSTUK 3

Holmes en Scholten

‘When I was a small boy my father taught me a philosophical lesson by asking me to tell him how salt tasted. You can’t – and you can’t tell a blind person how colors look. There are many questions to which you must know the answer at first hand or you can’t know it.’ – O.W. Holmes Jr.³²

‘De logische herleiding van het rechtsoordeel steunt toch in laatste instantie op een stelling die niet logisch kan worden verantwoord. Aan het herleiden van regels tot hogere regels komt eens een eind.’ – P. Scholten³³

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik het werk van de Amerikaanse rechter, rechtsgeleerde en advocaat Oliver Wendell Holmes Jr. en de Nederlandse rechtsgeleerde, rechter-plaatsvervanger en advocaat Paul Scholten behandelen. Het werk van beide schrijvers markeert een omslag in de het denken over rechterlijke oordeelsvorming. Waar in de negentiende eeuw het rechtspositivisme dominant was, zijn de namen van Holmes en Scholten verbonden met de antipositivistische breuk in het denken over rechtsvinding en rechterlijke oordeelsvorming. Beide schrijvers hebben de basis gelegd voor een moderne benadering waarvan nog altijd een grote aantrekkingskracht uitgaat (Noonan, 1976: p. 166; Posner, 1992: p. ix; Maris, 1996: p. 1; Verhorst, 1996: p. 45). Wie over rechterlijke oordeelsvorming schrijft, kan daarom niet om het werk beide auteurs heen. Bovendien bevatten de rechtstheorie van Holmes en Scholten bouwstenen voor rechtspraak als praktische oordeelsvorming. In de paragrafen 3.2 en 3.3 wordt hun werk behandeld. In de concluderende paragraaf (3.4) wordt een verbinding gelegd tussen beide rechtstheorieën en de hermeneutiek, het pragmatisme en de handelingspraktijktheorie die nadien tot ontwikkeling gekomen zijn.

3.2 Oliver Wendell Holmes

Oliver Wendell Holmes Jr. (1841 – 1934), in leven onder andere hoogleraar aan Harvard Law School en lid van het Amerikaans Hooggerechtshof, wordt als een van de grondleggers van

32 Holmes (1929/1992: p. 107)

33 Scholten (1949: p. 273)

de Amerikaanse rechtsfilosofie beschouwd. Hij is de zoon van de bekende wetenschapper, schrijver en dichter Oliver Wendell Holmes Sr. Toen Holmes met zijn studie begon, brak de Amerikaanse Burgeroorlog uit.³⁴ Als jonge student is Holmes actief geweest als officier bij het Twentieth Regiment of Massachusetts Volunteers van het Unionistische leger. Holmes' regiment heeft enorme verliezen geleden, onder andere tijdens de bloedige slagen om Fredericksburg en Antietam. Van de tweeduizend noordelijke regimenten kenden slechts vier grotere verliezen (Menand, 2001: p. 51). Ook Holmes is bij deze gevechten drie keer gewond geraakt, waarvan een keer bijna fataal. Holmes' ervaringen in deze gruwelijke burgeroorlog zijn bepalend geweest voor zijn cynische mensbeeld en – in het verlengde daarvan – zijn visie op het recht (Noonan, 1976: p. 71; Menand, 2001: p. 61).

In 1864, kort na de burgeroorlog, heeft Holmes zijn studie opgepakt die hij drie jaar later afrondde. Na een aantal jaren als advocaat gewerkt te hebben, keerde hij in 1870 terug naar Harvard Law School, eerst als docent en later als hoogleraar. In deze periode verscheen ook zijn nog altijd gelezen bundeling van een serie colleges onder de titel *The Common Law* (1881). Ook maakte hij in die jaren deel uit van de *Metaphysical Club*, een gezelschap waarvan onder anderen de filosofen William James en Charles Pierce lid waren. Deze groep wordt samen met John Dewey gezien als de grondleggers van het filosofisch pragmatisme. Hoewel het werk van Holmes bij uitstek de essentie van het pragmatisme weergaf, noemde Holmes zichzelf geen pragmatist omdat hij deze met William James geassocieerde filosofie te opgewekt vond (Menand, 2001: p. 432). In 1883 heeft Holmes de overstap gemaakt van de academie naar de rechterlijke macht en is hij in 1902 tot het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten toegetreden. Het lidmaatschap van het hoogste Amerikaanse rechtscollege heeft hij bijna dertig jaar vervuld. Holmes ontleent zijn reputatie voor een groot deel aan zijn – soms ferme – *dissenting* en *concurring opinions* in deze periode.

Het gedachtegoed van Oliver Wendell Holmes is een belangrijke inspiratiebron voor onder andere de Amerikaanse rechtsrealisten geweest (Hol, 1992: p. 31). Bekende vertegenwoordigers van deze stroming waren Llewellyn, Frank, Arnold en Hamilton. Het rechtsrealisme kende zijn hoogtepunt in de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw.³⁵

Holmes' theorie over de rechterlijke oordeelsvorming rust op drie pijlers: (i) het recht is een historisch gegroeide handelingspraktijk, (ii) de werkelijkheid is onzeker en onkenbaar; en (iii) alleen de materiële verschijningsvorm van het recht is relevant. Ik zal eerst ingaan op deze drie fundamenteën om vervolgens in subparagraaf 3.2.4 Holmes' theorie over de rechterlijke oordeelsvorming nader uit te werken.

34 In de zuidelijk staten staat de burgeroorlog nog altijd beter bekend als de *Recent Unpleasantness*.

35 Zie voor de betekenis van Holmes voor de hedendaagse rechtstheorie en rechtsvinding *Persons and Masks of the Law* van John T. Noonan (1976) en voor zijn bijdrage aan de ontwikkeling van het pragmatisme *The Metaphysical Club* van Louis Menand (2001).

3.2.1 ‘The life of the law has not been logic; it has been experience’³⁶

In de decennia rond de eeuwwisseling van de negentiende naar de twintigste eeuw, de periode waarin Holmes zijn rechtstheorie op papier zette, werd het recht door velen gezien als een gesloten, formeel en logisch systeem. Ook de rechtspraak maakte deel uit van dit formalistische systeem. In de Verenigde Staten was Christopher Columbus Langdell één van de belangrijkste representanten van het formalisme. In Langdells ogen was het de taak van de rechtswetenschap de tijdloze en onveranderlijke beginselen van het recht in kaart te brengen en deze zoveel mogelijk in te passen in een logisch consistent systeem (De Been, 2005: p. 42-3). Tegen deze zogenoemde formalistische rechtsopvatting heeft Holmes zich verzet. Hij beschouwde het recht als een open systeem dat een geïntegreerd onderdeel is van een maatschappelijke, historische en institutionele context. De grenzen tussen het recht en zijn maatschappelijke context zijn vloeïend. Bovendien heeft het recht een wederkerige relatie met deze betekenisverlenende context. Zoals wij hieronder zullen zien, is het antiformalisme de rode draad door het werk van Holmes (Hol, 1992: p. 11).

De waarschijnlijk beroemdste zin uit zijn gehele oeuvre, “The life of the law has not been logic; it has been experience”, geeft de kern van Holmes’ antiformalistische rechtsopvatting weer. Het recht is geen logisch systeem maar belichaamt een handelingspraktijk. Holmes wilde hiermee niet zeggen dat de logica geen enkele rol in het recht speelt, maar dat “what guides the direction of the law, from case to case over time, is not immutable reason but changing experience” (Menand, 1997: p. xxi). Bij Holmes is *experience* niet de unieke persoonlijke maar de historisch ontwikkelde, collectieve, sociale ervaring. Deze ervaring komt onder andere tot uiting in overtuigingen, intuïties, instituties, gewoonten en vooroordelen (ibid.). Om het karakter van het recht te kunnen begrijpen, zou de rechtswetenschap zich moeten richten op de collectieve historische ontwikkeling van het recht. “The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become” (Holmes, 1881/1968: p. 6).

Experiences kunnen slechts ten dele in proposities worden uitgedrukt. Rechtsbegrippen krijgen pas een betekenis na een vertaalslag naar gebeurtenissen in de werkelijkheid (Holmes, 1899/1955: p. 143). Het historische en dispositionele karakter van het recht betekende in Holmes’ ogen niet dat de logica geen enkele rol speelt in het recht. De logica is onder andere een zinvol hulpmiddel om inzicht te krijgen in de historische ontwikkeling van het recht en om de relatie met de wetgeving te beschrijven.

36 Holmes, 1881/1968: p. 5

“The rational study of law is still at large extent the study of history. History must be a part of the study, because without it we cannot know the precise scope of rules which it is our business to know. [...] Still it is true that a body of law is more rational and more civilized when every rule it contains is referred articulately and definitely to an end which it subserves, and when the grounds for desiring that end are stated or ready to be stated in words” (Holmes, 1897/1997: p. 158).

De denkfout die in de ogen van Holmes wordt gemaakt, is dat de logica niet alleen gebruikt wordt voor de beschrijving van het recht, maar dat het recht een logisch systeem zou zijn. “The danger of which I speak is not the admission that the principles governing other phenomena also govern the law, but the notion that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from general axioms of conduct” (Holmes, 1897/1997: p. 154).

De rechtstheorie van Holmes heeft nauwe banden met de evolutieleer van Charles Darwin (Menand, 2001: p. 117 e.v.).³⁷ In de darwinistische evolutietheorie kent het leven geen natuurlijke, van buitenaf opgelegde ordening. Alle levensvormen zijn het voorlopige – min of meer toevallige – resultaat van een *struggle for life*. Alleen de soorten die zich het best weten aan te passen aan de voortdurende veranderende omstandigheden, overleven deze strijd (Trigg, 1998: p. 86). De evolutie is dan ook een geleidelijk en oneindig proces waarvan de uitkomst onbepaald is. Holmes was van mening dat het recht zich op eenzelfde wijze ontwikkelt. Maatschappelijke of technische ontwikkelingen roepen nieuwe rechtsvragen op en plaatsen bestaande rechtsopvattingen keer op keer in een nieuw daglicht (Holmes, 1897/1997: p. 156).

Achter deze rechtsvragen gaan verschillende belangen schuil die op een zeker moment tot een botsing komen in een rechtsstrijd bij de wetgever of de rechter. De uitkomst van deze rechtsstrijd is ongewis en afhankelijk van de werking van onder andere de specifieke omstandigheden van het geval, de werking van maatschappelijke krachten en de creativiteit van de betrokkenen. De ontwikkeling van het recht verloopt dus niet langs van te voren uitgestippelde lijnen naar een vastomlijnd ideaal. Het positieve recht is het toevallige voorlopige resultaat van de beslechting van de rechtsstrijd. Dit betekent dat de afbakening van het recht en de verschillende rechtsbegrippen niet scherp en statisch, maar vloeiend en dynamisch zijn. De zoektocht van de formalisten naar het vastomlijnde ideaal van het recht, was in de ogen van Holmes een zinloos project omdat gezocht werd naar een niet-bestaand ideaal.

37 Holmes kan echter niet in de traditie van het Sociaal Darwinisme worden geplaatst. Zie voor een nadere toelichting De Been (2005: p. 47 e.v.).

3.2.2 'I detest a man who knows that he knows'³⁸

Holmes' rechtsontologie moet worden beschouwd als "anti-metaphysical, sceptical and disdainful of any constants or universals beneath the flux of change" (McKinnon, 1955: p. 235). In de visie van Holmes ontbeert niet alleen het recht maar de gehele werkelijkheid een *a priori* structuur en een eigen ratio. Opvattingen waarin transcendentale krachten een rol spelen werden door Holmes resoluut van de hand gewezen. Hij was dan ook buitengewoon sceptisch over mensen die handelen in naam van hogere krachten of idealen (Menand, 2001: p. 62), te meer hij in de Amerikaanse Burgeroorlog aan den lijven ondervonden heeft waartoe een strijd over hogere idealen kan leiden.

De mens legt zich echter niet zo maar neer bij een ongestructureerde werkelijkheid en heeft daarom behoefte aan ordening. Door verschijnselen in de onkenbare werkelijkheid als waarheid te beschouwen, geeft de mens een structuur aan zijn omgeving. "When I say that a thing is true, I mean that I cannot help believing it. I am stating an experience as to which there is no choice. But as there are many things that I cannot help doing that the universe can, I do not venture to assume that my inabilities in the way of thought are inabilities of the universe. I therefore define the truth as the system of my limitations, and leave absolute truth for those who are better equipped. With absolute truth I leave absolute ideals of conduct equally on one side" (Holmes, 1918/1997: p. 170).

Waarheidsopvattingen zijn in feite niets meer dan uitgesproken preferenties. Over deze preferenties is geen rationele discussie mogelijk. Zo geeft Holmes het voorbeeld van het drinken van een glas bier. Het is in Holmes' ogen niet mogelijk te beredeneren waarom een glas bier lekker is, laat staan dat iemand anders op basis van argumenten daarvan te overtuigen (1918/1997: p. 174). Veel van onze voorkeuren vinden hun oorsprong in onze opvoeding en de cultuur waarvan wij deel uitmaken. Imitatie speelt hierbij een grote rol. "Imitation is a necessity of human nature [...] Most of the things we do, we do for no better reason than that our father has done them or that our neighbours do them, and the same is true of a larger part than we suspect of what we think" (Holmes, 1897/1997: p. 157).

In het recht heeft de in vorige alinea's beschreven waarheidsfilosofie de vorm van het natuurrecht aangenomen. "It seems to me that this demand is at the bottom of the philosopher's effort to prove that truth is absolute and of the jurist's search for criteria of universal validity which he collects under the heads of natural law" (Holmes, 1918/1997: p. 173). Holmes wees iedere vorm van natuurrecht van de hand (Hol, 1992: p. 41). Het menselijk handelen ordent zich niet langs de lijnen van een immanente structuur en is ook geen – gebrekkige – weergave van een metafysisch ideaal. Dit geldt evengoed voor het morele handelen. Het geldend recht is het min of meer toevallige resultaat van historische ontwikkelingen en keuzes en dit resultaat

38 Holmes aangehaald in Menand (2001: p. 62).

is nadrukkelijk geen weergave van vanzelfsprekende verplichtingen. Natuurrechtaanhangers verkeren volgens Holmes dan ook “in that naïve state of mind that accepts what has been familiar and accepted by them and their neighbours as something that must be accepted by all men everywhere” (1918/1997: p. 174). Oplossingen waarvoor onze voorouders hebben gekozen, hadden ook andere kunnen zijn. Het gegeven dat in andere rechtstelsels andere keuzes gemaakt zijn, is hiervan een illustratie.

3.2.3 ‘The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law’³⁹

Holmes had een realistische opvatting van het recht. In zijn rechtstheorie ontleent het recht zijn betekenis aan de toepassing van dwang en geweld. Uiteindelijk kan een geschil alleen met machtsuitoefening tot een einde worden gebracht (McKinnon, 1955: p. 236). Het recht dat niet wordt gehandhaafd, verliest – op termijn – zijn waarde. Leden van een samenleving anticiperen met hun (juridische) handelen op de mogelijke sanctie die volgt op overtreding van een juridische verplichting. “A legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgement of the court; and so of a legal right” (Holmes, 1897/1997: p. 146). Een beroep op rechtshandhaving is derhalve één van de essentiële kenmerken van het recht (Hol, 1992: p. 31). De rechtspraak vervult in deze een scharnierfunctie omdat pas na een uitspraak van de rechter duidelijk wordt of in concreto al dan niet aanspraak gemaakt kan worden op een recht. Pas na een rechterlijke tussenkomst gaan bevelen leven (Hol, 1992: p. 21).

Het is volgens Holmes van belang dat de rechtswetenschap inzichtelijk maakt hoe rechters beslissen over bepaalde rechtsvragen. “When we study law” schrijft Holmes “we are not studying a mystery but a well-known profession. [...] The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts. [...] Far the most important and pretty nearly the whole meaning of every new effort of legal thought is to make these prophecies more precise, and to generalize them in a thoroughly connected system” (1897/1997: p. 145). De kennis die de rechtswetenschap genereert zou procespartijen moeten helpen bij het maken van een inschatting van de mogelijke gevolgen van hun (rechts)handelingen.

Ook zou ik op deze plaats nog wat aandacht willen besteden aan Holmes’ opvattingen over de verhouding tussen recht en moraal. Tussen beide zag Holmes een belangrijke relatie. “The law is the witness and external deposit of our moral life. Its history is the history of the moral development of the race. The practice of it, in spite of popular jests, tends to make good citizens and good man” (Holmes, 1897/1997: p. 147). Deze relatie tussen recht en moraal houdt echter

³⁹ Holmes, 1897/1997: p. 149

niet in dat morele verplichtingen een rol in het recht (zouden moeten) kunnen spelen. Moraal en recht zijn strikt gescheiden en vormen ieder een eigen domein.

Holmes maakte hierbij een scherpe scheiding tussen moraal en recht. Morele verplichtingen kunnen slechts door een individu gevoeld worden en raken alleen de achterliggende bedoelingen van het handelen. “Moral deals with the actual internal state of the individual’s mind, what he actually intends” (Holmes, 1897/1997: p. 152). In de visie van Holmes was het niet mogelijk dat op bovenindividueel niveau dezelfde morele verplichtingen ervaren kunnen worden. Moraal en ethiek kunnen dan ook geen rol spelen in het recht en het rechtsverkeer. Rechtsbegrippen die afhankelijk zijn van een morele betekenis leiden volgens Holmes tot verwarring. Niet een morele verplichting maar alleen (de dreiging met) overheidsdwang zorgt ervoor dat mensen uiteindelijk hun juridische verplichtingen naleven. Om de werking hiervan te illustreren gebruikt Holmes de *bad man standard* (1897/1997: p. 147). Het recht moet bekeken worden vanuit het perspectief van degene die zich daaraan niet gebonden voelt en onder zijn juridische plichten wil uitkomen. De regels die door de *bad man* worden nageleefd, omdat overtreding effectief gesanctioneerd wordt, vormen in de ogen van Holmes het recht.

3.2.4 ‘It is the merit of common law that it decides the case first and determines the principle afterwards’⁴⁰

Omdat het recht een open karakter heeft en geaard is in een veranderlijke samenleving, heeft een rechter geen houvast aan de rechtsregels bij het vinden van een oordeel. “We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the habit of the public mind” (Holmes, 1897/1997: p. 155). Maar het is echter niet alleen de veranderlijkheid van het recht dat rechtspraak een open karakter geeft. Een feitencomplex herhaalt zich nooit op identieke wijze; ook tussen zaken die *prima facie* op elkaar lijken, bestaan subtiele, maar vaak belangrijke, verschillen (Holmes, 1881/1968: p. 98). De rechter moet derhalve iedere keer de vraag beantwoorden of de onderhavige casus aansluit bij een vergelijkbaar precedent. Precedenten bevatten echter geen harde maatstaf waarmee het eigen toepassingsbereik kan worden vastgesteld, hooguit vage aanwijzingen. In de visie van Holmes heeft dus niet alleen het recht, maar ook de rechtspraak een open karakter. Nooit kan de exacte reikwijdte en inhoud van het recht met zekerheid worden vastgesteld.

In de praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming speelt de logica volgens Holmes geen doorslaggevende rol omdat het recht een immanente logische structuur ontbeert. “Logical reasons from a priori truths is just not the way that people make practical choices most of the time” (Menand, 2001: p. 342). Zoals wij hierboven zagen, is het recht in Holmes’ visie een historisch gevormde handelingspraktijk. De besluitvormingsregels, die veelal een impliciet

40 Holmes, 1870/1995: p. 212

karakter hebben, liggen in die handelingspraktijk besloten. “Looking at the forms of logic it might be inferred that when you have a minor premise and a conclusion, that there must be a major, which you are also prepared then and there to assert. But in fact lawyers, like other men, frequently see well enough how they ought to decide on a given state of facts without being very clear on the *ratio decidendi*” (Holmes, 1870/1997: p. xx).

De mens is er op gericht zijn omgeving te duiden en accepteert niet zonder meer dat hij in een onzekere, onbepaalde en vluchtige werkelijkheid leeft. Zekerheid en stabiliteit worden nagestreefd en de logica voorziet daarin. Dit verklaart volgens Holmes waarom de logische vorm een grote aantrekkingskracht uitoefent op het recht en de rechtspraak. “The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind” (1897/1997: p. 154). In de ogen van Holmes levert de logische vorm slechts een schijnzekerheid op. Dat iedere conclusie in een logische vorm gegoten kan worden, wil niet zeggen dat de logica ook het instrument is om diezelfde conclusie te vinden. “Philosophy and logic don’t have much to do with practical choices people make. [Holmes] certainly thought this was true in the law: “It is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principle afterwards”” (Menand, 2001: p. 217).

Dat Holmes geen bepalende rol voor de logica in de heuristische fase zag weggelegd, betekent niet dat de motivering van het rechterlijk oordeel niet in een logische vorm gegoten hoeft te worden. De logica was in de ogen van Holmes een buitengewoon geschikte verschijningsvorm van het recht en het rechterlijk oordeel (Hol, 1992: p. 27). Deze verschijningsvorm is echter niet bepalend voor de aard en de inhoud van het recht. De omstandigheden van het concrete geval en de gevolgen van het concrete oordeel zijn doorslaggevend. “When the question of policy is faced it will be seen to be one which cannot be answered by generalities, but must be determined by the particular character of the case, even if everybody agrees what the answer should be. I do not try to mention or to generalize all the facts which have to be taken into account; but plainly the worth of the result, or the gain from allowing the act to be done, has to be compared with the loss which it inflicts. Therefore, the conclusion will vary, and will depend on different reasons according to the nature of the affair” (Holmes, 1894/1997: p. 143).

Nu rechterlijke oordeelsvorming niet kan worden gezien als de logische deductie van een concrete beslissing uit algemene regels, rijst de vraag welke aanknopingspunten een rechter wel bij zijn oordeelsvorming kan gebruiken. Holmes meende dat het feitelijk gevolg van een rechterlijke beslissing een van de belangrijkste oriëntatiepunten voor de rechter is. “So in regard to the formulas of the law, I have found it very instructive to consider what may be the postulates implied” (Holmes, 1915/1997: p. 171). Het lastige hierbij is dat deze afweging afhankelijk is vanuit welk partijstandpunt het geschil benaderd wordt (Hol, 1992: p. 29). De rechter kan de belangen van partijen nooit volledig doorzien en de gevolgen met honderd

procent zekerheid vaststellen. Hooguit kan hij onpartijdigheid nastreven in de wetenschap dat zijn oordeel nooit onfeilbaar kan zijn (ibid.).

Bij de oordeelsvorming maakt een rechter gebruik van zijn ervaring. Holmes oogde met dit begrip op het vermogen van rechters om zich in concrete situaties te verstaan met de veelal impliciete historisch ontwikkelde regels en beginselen. Om een rechterlijk oordeel feitelijk effect te kunnen geven, moet het aansluiten bij de heersende maatschappelijke opvatting over recht en rechtvaardigheid (Holmes, 1881/1968: p. 168). Zoals hierboven toegelicht, is deze heersende opvatting historisch verankerd. Als voorbeeld voert Holmes de rechter op die beoogt “gradually to acquire a fund of experience which enables him to represent the common sense of the community in ordinary instances far better than an average jury” (Holmes, 1881/1968: p. 99). Ervaring heeft een centrale plaats in Holmes’ rechtsvindings-theorie. Uiteindelijk bepaalt de rechter met zijn ervaring hoe de balans in een concrete zaak moet uitvallen. Een beslissing “[is] reached by insight, tact and specific knowledge” (Baker, 1991: pp. 172 – 173).

Vanwege haar dispositionele karakter kan de werking van ervaring moeilijk geëxpliciteerd worden. Hierdoor lijkt het dat besluitvorming onbepaald is. Holmes concludeerde dan ook dat “we can’t say in any determinate way how we make our choices. They seem to arise, in the end, out of the mysteries of personality, which are a scandal to theory” (Menand, 1997: p. xxxiv). Omdat mensen niet accepteren dat hun handelen zonder betekenis of reden is, voelt het alsof het gevonden rechterlijk oordeel *het* oordeel *had* moeten zijn. “And this is because inevitability is a function of its “fit” with the whole inchoate set of assumptions of our self-understanding and of the social world we inhabit, the assumptions that give the moral weight – much greater moral weight than logic or taste could ever give – to every judgement we make. This is why, so often, we know we’re right before we know *why* we’re right. First we decide, than we deduce” (Menand, 2001: p. 353).

3.3 Paul Scholten

Paul Scholten (1875 – 1946) heeft zich in Amsterdam op verschillende manieren met het recht bezig gehouden: als advocaat, als rechter-plaatsvervanger en later als raadsheer-plaatsvervanger, maar vooral als hoogleraar in het Romeins recht, het oud-vaderlandsrecht, encyclopedie, wijsbegeerte des rechts, burgerlijk recht en rechtsvordering aan de Gemeenteuniversiteit van Amsterdam, de tegenwoordige Universiteit van Amsterdam. In 1899 is Scholten, een jaar na zijn doctoraalexamen bij J.F. Houwing, gepromoveerd op het proefschrift *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*. Scholten ontleent zijn bekendheid en waardering vooral aan zijn rechtstheoretische werk in het *Algemeen Deel in Mr. C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* uit 1931 (in dit hoofdstuk afgekort als AD)

en zijn beschouwingen opgenomen in het eerste deel van de *Verzamelde geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten* uit 1949 (in dit hoofdstuk afgekort als VG).⁴¹

Scholten geniet niet alleen bekendheid als hoogleraar in de rechtswetenschap, maar ook o om verschillende posities die hij binnen de Nederlands Hervormde Kerk heeft vervuld. Vooral vanuit die laatste rol heeft hij in de Tweede Wereldoorlog een actieve rol in het verzet gespeeld en werd zijn eigen geweten, dat zoals wij hieronder zullen zien een centrale rol in zijn rechtsvindingstheorie heeft, op de proef gesteld. Als voorzitter van het Convent van Kerken heeft Scholten samen met aartsbisschop mgr. J. de Jong aan een memorandum gewerkt waarin de jodenvervolgving, de rechtsverkrachting en het opdringen van de nationaalsocialistische levensbeschouwing gehekeld werden (Peletier, 1979). Dit memorandum was bestemd voor de toenmalige secretaris-generaal van het ministerie van Justitie en had ten doel een gesprek met de Rijkscommissaris Seyss Inquart te bewerkstelligen. Tot dit gesprek is het nooit gekomen, omdat Scholten onder huisarrest werd geplaatst in zijn buitenhuis in Hulshorst op de Veluwe. Hiermee was zijn rol in de Tweede Wereldoorlog echter nog niet uitgespeeld. Zo heeft hij de leiding gehad over de groep Scholten die zich tijdens de oorlog bezig hield met de inrichting van het naoorlogse Nederland (De Jong, 1979: pp. 1142 e.v.).

Wat Holmes is voor de Amerikaanse rechtswetenschap, is Scholten voor de Nederlandse. Geen enkele andere Nederlandse rechtsgeleerde uit de twintigste eeuw is zo vaak geïnterpreteerd, uitgelegd en aangehaald als Scholten. De rechtsleer van Scholten wordt nog steeds door velen binnen de Nederlandse rechtswetenschap als hét paradigma beschouwd (Maris, 1996: p. 1; Verhorst, 1996: p. 45), hoewel valt te betwisten of alle auteurs die een beroep doen op Scholtens rechtstheorie de antipositivistische uitgangspunten onderschrijven (Smith, 1998: p. 18). In ieder geval zijn de inzichten die Scholtens rechtstheorie opleveren, nog altijd buitengewoon waardevol voor een begrip van het recht en het oplossen van concrete rechtsvindingsvraagstukken. De kern van Scholtens rechtstheorie en rechtsvindingsleer laat zich als volgt samenvatten: het recht is een poging tot gerechtigheid, het recht is een open systeem, het recht heeft een dialectische karakter, het rechterlijke oordeel is een autonome (gewetens) handeling en heeft een zedelijk karakter. Deze vijf elementen zijn complementair en kunnen alleen in onderlinge samenhang worden gelezen. Hieronder zal ik aan deze vijf elementen aandacht besteden.

41 In de literatuurlijst is terug te vinden welke werken uit de *Verzamelde Geschriften* zijn aangehaald.

3.3.1 ‘Recht is uit zijn aard een poging tot gerechtigheid, een poging die evenwel gedoemd is, altijd poging te blijven’⁴²

In Scholtens rechtstheorie is het recht gericht op de verwezenlijking van gerechtigheid. “De gerechtigheid verwezenlijken, ziedaar dus onze taak in dezen. Van die gerechtigheid is het recht onafscheidbaar zeide ik” (VG: p. 224). Met gerechtigheid stond Scholten niet zo zeer de volmaakte, abstracte, Bijbelse gerechtigheid voor ogen, maar de eigenschap van ons zedelijk leven waardoor wij ons verplicht gevoelen tot zekere handelingen tegenover onze medemens (VG: p. 216). Het gaat er om “de overtuiging in ons, dat tussen de handelingen der mensen en hare gevolgen voor hen een zekere evenredigheid behoort te bestaan” (ibid). Gerechtigheid is dus concreet en sociaal. Aan de hand deze drie aspecten zal ik hieronder het begrip gerechtigheid verder uitwerken.

De mens moet volgens Scholten streven naar een evenredige verhouding met zijn medemens. Deze verhouding kenmerkt zich door wederkerigheid. ‘Ieder moet het zijne krijgen’ betekent ook dat ‘ieder de ander het zijne moet geven’. Uitgangspunt hierbij is de gelijkwaardigheid tussen mensen. Het zoeken naar gerechtigheid, is het zoeken naar een evenwicht tussen de belangen van mensen. In de dagelijkse praktijk wordt deze balans continu verstoord. Allereerst omdat de mens zondig is. De hebzuchtige, ijdele en egoïstische mens neemt meer dan hem toekomt, ten koste van de ander. Maar het is niet alleen de zondigheid die de realisatie van absolute gerechtigheid in de weg staat. Ook de menselijke onvolmaaktheid en beperkingen belemmeren de individu om alle belangen en gevolgen die aan zijn handelen verbonden zijn te kunnen overzien. “Onze samenleving is zoo gecompliceerd, onze behoeften zijn zoo uitgebreid en verfijnd, er wordt daarin voorzien op zoo oneindig gevarieerde wijze, alles grijpt zoo in elkaar [...]” (VG: p. 182).

Gerechtigheid is naar zijn aard sociaal omdat het altijd betrekking heeft op de medemens; niet op de medemens *in abstracto*, maar de medemens in concrete handelingssituaties; de buurman, de handelspartner, de verkeersdeelnemer, de werknemer. Het goede krijgt pas vorm bij zijn verwezenlijking in de wereld; gerechtigheid is een postulaat van het handelen (VG: p. 216). Omdat gerechtigheid een evenwicht weergeeft, bevat het een intrinsieke oriëntatie op de ander. Van gerechtigheid jegens onszelf kan slechts in oneigenlijke zin gesproken worden (ibid.). Alleen in een relatie tot anderen wordt uitdrukking gegeven aan het goede en de gerechtigheid. Omdat handelende individuen deel uitmaken van een groter maatschappelijk verband, is een gerechtigheidsoordeel uiteindelijk een gemeenschapsoordeel (VG: p. 222).

Het recht is het gehele samenstel van regels die in een bepaalde gemeenschap gelden en zo nodig door de autoriteiten worden gehandhaafd (VG: p. 216). Het recht en de rechtshandelingen zijn gericht op de realisatie van gerechtigheid, volgens Scholten een doel dat nooit volledig

42 VG: p. 179

gerealiseerd kan worden. Het recht bestaat omdat de onvolmaakte en zondige mens niet in staat is de absolute gerechtigheid te vinden. “Zoolang het koninkrijk Gods niet verwezenlijkt zal zijn op aarde, zo lang er recht zal zijn, zal dat recht niet zijn gerechtigheid” (VG: p. 187). Het recht is een weergave van het gemeenschapsoordeel over een evenredige verhouding tussen mensen en bevat (dwang)middelen om deze evenredigheid tot stand te kunnen brengen. In Scholtens opvatting moet de realisatie van subjectieve rechten worden gezien als een rechtsstrijd die gepaard gaat met het gebruik van macht. “Wie recht wil, moet dwang op den koop toe nemen” (VG: p. 163).

In het geval het individuen, om welke reden dan ook, niet lukt om hun rechtsverhouding in balans te houden, kan de tussenkomst van de rechter worden gevorderd. De rechter heeft de taak om namens de rechtsgemeenschap te bepalen wat tussen de strijdende partijen een rechtvaardige verhouding is. Zoals wij eerder zagen, kan deze verhouding niet met behulp van een harde maatstaf worden bepaald en in ieder rechterlijk oordeel ligt onzekerheid over de juistheid van het oordeel besloten. Omwille van de vrede en de rust in de samenleving is het echter wel van belang dat wordt bepaald dat de onbalans tussen strijdende partijen wordt beëindigd. Dit is de functie van de rechtspraak. “De rechter staat in een bijzondere verhouding tot een gemeenschap; zijn oordeel is niet enkel een uitspraak tusschen beide strijdenden, maar het is een beslissing waaraan de gemeenschap deel heeft. De gemeenschap heeft hem zijn taak opgedragen, *zijn* uitspraak is voor hen *de juiste uitspraak*” (VG: p. 289). De uitspraak van de rechter heeft gezag omdat hij namens de rechtsgemeenschap spreekt. Dit betekent dat de rechter in concrete gevallen zich er van moet laten doordringen welke opvattingen binnen die gemeenschap leven. “Een rechter moet boven de gemeenschap staan; hij moet er ook *in* staan. Is hij zich daarvan bewust, dan ziet hij de gebondenheid der gemeenschap – en dus ook zijn eigene – aan hetgeen historisch is overgeleverd, dan ziet hij ook, dat de verwerkelijking van wat hij voor recht houdt, aan de ontwikkeling van de gemeenschap gebonden is” (VG: p. 292).

3.3.2 ‘Het is beter het gebrekkige te accepteren dan een schijn van zekerheid aan te gapen’⁴³

Het recht als een open systeem is een belangrijke pijler onder Scholtens rechtstheorie. Het positieve recht vormt misschien wel één systeem, maar is naar zijn aard open en veranderlijk. Van een logische geslotenheid kan geen sprake zijn (AD: p. 74). Hiervoor ligt in de eerste plaats een kennisprobleem aan ten grondslag. Iedere wet, ook de best geredigeerde, heeft altijd behoefte aan uitlegging (AD: p. 3). Het is onmogelijk om in een wettelijke regeling alle situaties te verwerken waarop deze betrekking heeft. De praktijk blijkt altijd creatiever, complexer en vluchtiger te zijn dan bij het redigeren van een wet kan worden voorgesteld. Maar het open

43 AD: p. 135

karakter van het recht is niet alleen het gevolg van een kennistekort bij de wetgever. Het recht ontbeert in de ogen van Scholten een immanente structuur, ordening en begrenzing omdat het naar zijn aard nooit af. Het recht is niet alleen een normensysteem maar ook een systeem van handelingen (AD: p. 76). Bij iedere rechtshandeling of rechtsoordeel moet het toepassingsbereik van het recht opnieuw worden bepaald. Hierdoor verandert het recht dagelijks.

Scholtens rechtsontologie kan niet worden losgezien van zijn mensbeeld. “Zolang er zondige mensen op aarde leven, zal de begeerte naar verandering blijven, zal ook het recht telkens weer andere vormen vertonen. Het recht heeft geen einddoel, noch als te bereiken ideaal, noch als regulatieve idee – zijn einddoel zou zijn opheffing wezen. Was volmaaktheid bereikt, het recht zou overbodig zijn” (VG: p. 141). Omdat mensen feilbaar en zondig zijn, is de mens op zoek naar gerechtigheid, is de samenleving dynamisch, worden normen overtreden en is de reikwijdte van het recht doorlopend onderwerp van twist. Het recht is derhalve rechtstreeks verbonden met de menselijke imperfectie. Alleen het paradijs en de Eeuwigheid, waar recht en rechtspraak overbodig zijn, zijn volmaakt en kennen absolute gerechtigheid.

Door het dubbele karakter, het recht als systeem van handelingen én normen, is het recht naar zijn aard mensenwerk. De conclusie dat Scholtens rechtstheorie verwantschap heeft met het natuurrecht (Bruggink, 1983: pp. 104 e.v.) is dan ook moeilijk te duiden. In de traditie van het natuurrecht wordt het recht beschouwd als gesystematiseerde waardeoordelen die overeen stemmen met de aard van de mens, onveranderlijk zijn en eeuwig gelden (Franken e.a., 1993: p. 14). In Scholtens visie liggen het recht en de gerechtigheid echter besloten in concrete menselijke handelingen, waardoor recht alleen kan gelden binnen een bepaalde tijd en in een bepaalde kring (AD: p. 77). Bovendien, zo benadrukt Scholten, moet de gerechtigheid in het recht worden gezocht en “niet daarbuiten in gefantaseerde, uit natuur of rede afgeleide begrippenstelsels” (VG: p. 421).

Scholten heeft verschillende malen kritiek geuit op het rationalistische kennismodel: (i) het is onmogelijk om de werkelijkheid met behulp van de ratio te beheersen; (ii) rationalisten hebben alleen aandacht voor de rationaliseerbare kant van de rechterlijke oordeelsvorming; en (iii) rechterlijke oordeelsvorming heeft een persoonlijk karakter. Zijn opmerkingen vertonen opvallende overeenkomsten met de kritiek op het rationeel-positivisme die in paragraaf 1.4 behandeld is. Ik zal Scholtens kritiekpunten kort behandelen.

Allereerst is Scholten kritisch over het menselijk vermogen om met behulp van de ratio de werkelijkheid te kunnen beheersen. “Wij worden nooit meester van de werkelijkheid, de rationalisering laat altijd een rest. [...] Het is beter het gebrekkige te accepteren dan een schijn van zekerheid aan te gapen” (VG: p. 312 en AD: p. 135). Iedere poging om het irrationele deel van de werkelijkheid met behulp van de logica te bedwingen, is bij voorbaat mislukt. Desondanks constateert Scholten dat de structuur van het logisch betoog grote aantrekkingskracht heeft als rechtsvindings- en kennismodel. “Niet in het gebruik van het logisch betoog zit de fout, maar in het verkeerde gebruik, niet in de aanvaarding, doch in de onderwerping aan die methode”

(AD: p. 48).⁴⁴ De totstandkoming van een rechterlijk oordeel voltrekt zich nooit langs de lijnen van een normatief syllogisme. Dat wil niet zeggen dat Scholten het rationele een ondergeschikte rol gaf in de rechtsvinding. Rechtspraak is immers tegelijk én intellectueel én intuïtief werk (AD: p. 132); beide factoren zijn gelijkwaardig aan elkaar. Het normatief syllogisme of andere logische constructies zijn dan ook buitengewoon waardevolle instrumenten om invulling te geven aan de rationele elementen in de rechtsvinding, maar kunnen uiteindelijk niet voorschrijven welke beslissing een rechter moet nemen. In 3.3.4. en 3.3.5 zal ik dit punt nog verder uitwerken.

In de tweede plaats heeft Scholten kritiek geuit op de rechtswetenschappelijke benadering die alleen aandacht heeft voor de rationaliseerbare aspecten van de rechtspraak en de overige aspecten buiten beschouwing heeft gelaten. In deze benadering wordt een beperkt en onvolledig beeld van recht en rechtspraak gegeven, aldus Scholten. “Rationalisten blijven immer bij het begrensde en begrensbare, dat met het verstand is te omvatten en maken dat tot iets absoluuts. Op dit verstand doen zij beroep, daarom zijn zij altijd *“im Recht”*. [...] [De dogmatiek] ziet het middel, intellectuele beheersing van het recht, voor het doel, het recht zelve. [De dogmatiek] is altijd hoogmoedig, omdat zij meent, dat wat zij niet in haar systeem kan passen, ook geen recht is” (VG: pp. 272 – 273). In zijn eigen rechtstheorie heeft Scholten dan ook een prominente – in de ogen van sommige commentatoren een té prominente – plaats ingeruimd voor het irrationele, intuïtieve en zedelijke in het rechterlijk oordeel. Hieronder kom ik nog terug op dit aspect.

In de derde plaats heeft concrete rechtsvinding altijd een persoonlijk karakter omdat aan het rechterlijk oordeel een gewetensoordeel ten grondslag ligt. Er kan in de visie van Scholten geen sprake zijn van een mechanische, slaafse toepassing van regels op de feiten. De rechter moet in overtuiging tot een keuze komen; deze keuze is persoonlijk en geeft de rechtspraak een subjectief karakter. Scholten achtte deze persoonlijke kleuring van rechterlijke oordelen niet alleen onvermijdelijk, maar ook wenselijk: “Er blijft iets subjectiefs, zeker, gelukkig zoude ik zeggen, maar dat is niet helemaal weg te nemen” (VG: p. 144).

3.3.3 ‘Recht vertoont voortdurend het dubbele karakter van zijn en behoren’⁴⁵

De dialectiek, een voortdurende dynamische spanning die in het recht en de rechtsvinding besloten ligt, wordt door velen als het meest authentieke en belangrijkste onderdeel van Scholtens rechtstheorie beschouwd (Kisch, 1952: p. 545; Langemeijer, 1963: p. 70; Borst, 2004: p. 302)). De scholtensiaanse dialectiek is ook wel aangeduid als de ontologie van de gebrokenheid (Soeharno, 2005: p. 256) of – met het verwarrende begrip – dualisme (Bruggink, 1983: p. 89).

⁴⁴ Zie in dit verband de overeenkomsten met de kritiek van Holmes en de kritiek van Taylor op de ontologisering van de cartesische epistemologie.

⁴⁵ VG: p. 311

Om begrip van Scholtens werk te kunnen krijgen en zijn rechtstheorie op waarde te kunnen schatten, is inzicht in zijn invulling van de dialectiek essentieel.

De verschijnselen in het recht hebben een ambigu karakter en nemen de vorm aan van wederkerige thesen die van elkaar afhankelijk zijn en tegelijkertijd samen een onophefbare tegenstelling vormen (Van Dunné, 1973/2006: p. 669). Recht is regel en beslissing; recht is zijn en behoren; recht vinden is intellectueel en intuïtief zedelijk werk; recht is een systeem van normen en handelingen; de mens is object en subject van het recht (VG: pp. 15, 26 en 311; AD: pp. 77 en 132). De dialectiek is wezenlijk voor de rechtsvinding en is volledig verbonden met het open, maatschappelijke en contextgebonden karakter van het recht (Van Dunné, 1971/2006: p. 664). Recht en gerechtigheid bestaan niet *in abstracto*, maar komen tot uiting in concrete menselijke verhoudingen. Iedere keer weer moet worden vastgesteld welk recht in die concrete (rechts)verhouding geldt. Goed en kwaad hebben geen absolute waarde, maar nemen de vorm aan van een evenwicht en worden bepaald door de omstandigheden van het geval. Om dit evenwicht *in casu* te bepalen is een een scheppingsdaad van de rechter vereist (Van Dunné, 1971: p. 662).

Ter illustratie voert Scholten het leerstuk van misbruik van recht op: “En wat dan misbruik is, is niet in een regel of formule weer te geven, het blijft een vraag van concrete beslissing, het wordt door de verhouding der strijdenden bepaald” (VG: p. 29). Waar in de ene situatie sprake is van een rechtmatig gebruik van een recht, is in de andere situatie, waar andere omstandigheden gelden, sprake van misbruik van recht. Illustratief is de bouw van een garage waarbij de perceelgrens van de buurman overschreden wordt.⁴⁶ In deze casus kwam de vraag aan de orde of deze buurman zich op zijn eigendomsrecht mag beroepen en gedeeltelijk afbraak van de garage mag vorderen. Of houdt het inroepen van het recht van amotie in dit geval tot een misbruik van recht. Gerechtigheid is altijd een broos evenwicht tussen twee polen. Dit evenwicht wordt doorlopend verstoord, omdat het de menselijke verhoudingen betreft, maar vindt ook altijd weer zijn balans, juist omdat het de menselijke verhoudingen betreft. Deze maatschappelijke inbedding staat volgens Scholten centraal in de begripsvorming in processen van rechterlijke oordeelsvorming.

Omdat de gerechtigheid de vorm aanneemt van een handelingspostulaat, kan de synthese tussen de these en antithese ook alleen maar op een praktisch vlak, op het niveau van het

46 HR 17 april 1970, NJ 1971, 89 [*Grensoverschrijdende garage*]. In dit verband is overigens goed om op te merken dat de opvatting van Scholten in dit geval niet tot het omgaan van de Hoge Raad in genoemd arrest heeft geleid. Anders dan uit dit citaat blijkt, stelde Scholten het vereiste van opzet bij misbruik van recht, terwijl zijn Leidse tegenhanger Meijer, voor de afwisseling, juist een pleidooi hield voor een redelijke belangenafweging. Laatstgenoemde visie zien wij terugkomen in het arrest *Grensoverschrijdende garage* en het Burgerlijk Wetboek uit 1992. Het valt buiten het bereik van dit onderzoek om Scholtens opvattingen over het misbruik van recht uit te diepen, maar Scholtens opvatting kan niet worden los gezien van zijn bredere visie op het burendrecht (zie o.a. Scholten, 1918b/1949: p. 512 e.v.). In de kritiek op Scholtens benadering van het leerstuk van misbruik van recht is deze bredere context – ten onrechte – vaak buiten beschouwing gelaten.

concrete oordeel tot stand komen (Visser 't Hooft, 1975: p. 342). Echter, deze synthese is naar zijn aard ook weer dialectisch. “In de beslissing, in de creatieve daad, komen these en antithese tot hun synthese, zonder echter die voor het recht kenmerkende tegenstelling te kunnen opheffen” (Van Dunné, 1971/2006: p. 663). De synthese komt tot stand omdat het moet, het is de taak van de rechter het geschil tussen partijen te beslechten, maar niet omdat het kan. Rechters vinden dit spanningsveld terug in de dagelijkse praktijk van rechterlijke oordeelsvorming: “Wij [rechters] staan voor een geval, moeten hard en onwrikbaar – ook dat eischt het recht – kunnen zeggen: *dit* is het recht, *dat* is onrecht, een vlijmscherpe scheiding maken en ... wij aarzelen, zijn niet dadelijk zeker van ons zelf” (VG: p. 448). Het vonnis moet luid, duidelijk en met overtuiging worden uitgesproken, terwijl een rechter in feite niet meer kan dan aarzelen en fluisteren. Een rechter kan deze dialectische spanning in de rechtsvinding uiteindelijk alleen met een gewetensbeslissing en op basis van innerlijke overtuiging van de rechtvaardigheid en juistheid van de beslissing, overbruggen.

3.3.4 ‘Eerst met de beslissing is de regel gegeven’⁴⁷

Het rechterlijk oordeel is in het denken van Scholten niet een constatering dat het recht geschonden is of dat een onrecht wordt gedaan, maar een veroordeling, een verklaring dat in de gegeven omstandigheden, in dat ene geval, de gewraakte handeling (on)geoorloofd was (AD: p. 9). Rechtspreken is dus niet alleen analyseren, constateren en waarnemen, maar bovenal waarderen, bekritisieren en veroordelen. Recht en gerechtigheid hebben betrekking op concrete rechtsverhoudingen en iedere keer weer moet worden bepaald welke rechtsregels gelden, welke norm geschonden is en hoe de rechtvaardigheid vorm krijgt. Een rechtsgevolg komt pas tot stand door een wilsverklaring. “*Recht*, ieder recht, vraagt om realisering, doch die realisering is zonder het aanvaarden van de menselijke daad, het oordeel [...] niet mogelijk” (VG: p. 300). In het geval van rechterlijke oordeelsvorming, spreekt de rechter als autoriteit binnen de rechtsgemeenschap waarvan de procespartijen deel uitmaken. Hij spreekt zijn vonnis uit met de bedoeling dat partijen deze zullen naleven. Dat dit in de praktijk niet altijd het geval is, doet aan dit beginsel geen afbreuk. De rechter zal deze veroordelende woorden echter pas uitspreken als hij zich persoonlijk kan vinden in de beslissing en er innerlijk van overtuigd is dat met de beslissing de gerechtigheid gediend wordt (VG: p. 294). In het voorop stellen van dit volitieve element in de rechtspraak is Scholten zeer modern geweest (Bruggink, 1983: p. 114).

Een rechtsoordeel, een rechterlijke beslissing, is derhalve niet de uitkomst van een subsumptie maar altijd een zelfstandige keuze. Het rechtsoordeel is niet het eind- maar het beginpunt van de handelings- en beoordelingsketen die uiteindelijk tot een acceptabele uitspraak leidt. De beslissing bepaalt de regel en niet andersom (Brouwer, 2004: p. 48). Het is een keuze voor de

47 AD: p. 9

meest rechtvaardige oplossing in het onderhavige geval. Rechtsregels, ook de meest eenvoudige, zijn dus niet *self-applying* (Hol en Loth, 2001: p. 38). Dit betekent dat een rechter het recht niet toepast maar van toepassing *verklaart* op een onderhavig geval. Met iedere beslissing wordt daarom iets toegevoegd aan het recht. Deze beslissing is een waarderende activiteit die zich dialectisch verhoudt tot de feiten en de rechtsregels. In de rechterlijke rechtsvinding staat deze keuze centraal en is doorslaggevend voor de toepasselijke juridische concepten of regels. Deze rechtsregels gaan noch in de tijd noch logisch aan de beslissing vooraf. Eerst met de beslissing is de regel gegeven (AD: p. 9).

Rechterlijke beslissingen moeten in de ogen van Scholten niet worden gezien als de uitkomst van een intellectuele exercitie, maar als betekenisvolle verrichtingen in de maatschappelijke werkelijkheid. Rechtspraak is een daad (VG: p. 10). Scholten benadrukt het handelingskarakter van de rechterlijke rechtsvinding door te stellen dat: “[een] rechter doet anders dan waarnemen te wiens gunste de schaal overslaat, hij *beslist*. Die beslissing is een handeling, zij wortelt ten slotte in het geweten, van hem, die haar verricht. Het is een *daad*, die van de rechter wordt verwacht” (AD: p. 130). Net als iedere andere handeling, heeft een rechtsbeslissing (beoogde) gevolgen voor de sociale werkelijkheid. In de heuristische fase probeert een rechter de mogelijke consequenties van zijn handelen, de *in casu* meest rechtvaardige beslissing, te overzien. Is dit oordeel de meest rechtvaardige uitkomst? Houdt dit oordeel in hoger beroep stand? Sluit dit oordeel aan bij het algemene rechtsgevoel?

Uiteindelijk zijn het denkwerk, de overwegingen en de twijfel die aan het rechtsoordeel vooraf gaan, niet meer dan een anticipatie op de uitwerking van de beslissing in de sociale werkelijkheid. De uitkomsten van het rechterlijk denkwerk spelen een rol bij de vorming van een rechtsoordeel, maar zijn zeker niet doorslaggevend. Nadat de rechter zich vergewist heeft van alle details en rechtsoverwegingen, moet hij tot het rechtsoordeel komen. Dit gebeurt met het nemen van een ‘sprong’. “[Een rechterlijk oordeel] is niet een wetenschappelijk oordeel, het is een wilsverklaring: zo moet het. Het is ten slotte een sprong, *gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is*” (AD: p. 130). De relatie tussen de intellectuele voorbereidingen en het uiteindelijke oordeel is vloeiend noch dwingend. Het intellectuele rijk waarin een rechter de inhoud en gevolgen van een rechtsoordeel afweegt, en het feitelijke rijk waarop de beslissing is gericht, sluiten niet op elkaar aan. Met de sprong wordt de overgang van kennen naar doen, van norm-denken naar norm-stellen overbrugd (Van Roermund, 2000: p. 221). Deze sprong vereist durf en moed van de rechter (VG: p. 312) omdat de feiten noch de regels noch andere bronnen in deze fase van de oordeelsvorming voldoende houvast bieden.

3.3.5 ‘Recht vinden is altijd tegelijk én intellectueel én intuïtief zedelijk werk’⁴⁸

Scholten heeft in zijn rechtstheorie, met name in het werk dat in *Verzamelde Geschriften* is opgenomen, ruimschoots aandacht besteed aan de cruciale rol van intuïtie, het geweten en andere buitenrationele factoren bij de totstandkoming van een rechterlijk oordeel. Dit onderdeel van Scholtens rechtstheorie is in vele commentaren onderwerp van kritiek geweest (o.a. Bruggink, 1983: p. 53; Verhorst, 1996: pp. 45 e.v.; Kaptein, 1996: pp. 75 e.v.; Soeharno, 2005: pp. 240 e.v.). Deels is dit commentaar te herleiden tot een onjuiste uitleg van de rol van het geloof in Scholtens rechts(vindings)leer (Veen, 1996: pp. 55-6) en deels tot een verkeerd begrip van de dialectische verhouding tussen intuïtie en ratio (Van Dunné, 1971/2006: p. 666).

Ieder rechtsoordeel is als beslissing gewild (VG: p. 61) en heeft daarom een normatief, vaak veroordelend, karakter. “[Dit oordeel] kan hij alleen uitspreken, die in eigen geweten ervan overtuigd is. Het rechtsoordeel wortelt in het zedelijk deel van ons geestesleven; ieder goed rechter streeft er altijd weer naar dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoorden kan. In zover is ieder rechtsoordeel irrationeel” (AD: p. 130). De rechter heeft geen absolute en universele criteria waaraan hij zijn concrete rechtsoordeel kan staven anders dan zijn eigen overtuiging het juiste oordeel te vellen. Bij het vinden van deze overtuiging schijnt het licht van de logica niet. Alleen het geweten, volgens Scholten het absolute nulpunt van de rechterlijke rechtsvinding, biedt een rechter op die momenten een zekere houvast. Overigens is dit geweten niet onfeilbaar. Het geweten kan immers dwalen en Scholten benadrukte dan ook dat rechters niet blindelings op hun geweten mogen koersen (VG: p. 144).

Scholten wordt verweten niet altijd even duidelijk geweest te zijn over de invulling van het begrip geweten. Zo schrijft Bruggink (1983: p. 56) dat in Scholtens optiek “voor een definitie geen plaats is, omdat het geweten iets geheel eigens is, dat iedere vergelijking tart en daardoor aan beschrijving ontsnapt”. Het geweten is vluchtig en kan derhalve moeilijk onder woorden worden gebracht. Toch zien wij dat Scholten op verschillende plaatsen een aanzet doet een nadere invulling aan de begrippen geweten en de gewetensbeslissing te geven. Hierbij springt de gelijkenis met het concept praktische wijsheid in het oog (Hartendorp en Wagenaar, 2004: pp. 82 e.v.) overigens zonder dat Scholten dit begrip zelf gebruikt. In de eerste plaats wordt het geweten gevormd door levenservaring en met name de religieuze ervaring. “Ook de rechter [...] die beslissing ziet [...] gebruikt in de intuïtieve kijk zijn rechtskennis – zijn gehele ervaring” (AD: p. 132). In de tweede plaats is het geweten het kompas om in concrete situaties te opereren. “De beslissing van het geweten is altijd concreet, zij geldt alleen *nu, in dit geval, voor mij*” (VG: 285). In het geweten komt een aantal rechterlijke deugden samen. Goede rechters, aldus Scholten, verenigen een “veelomvattend combinatie-vermogen, een helder inzicht in

48 AD: p. 132

het bijzondere der verhoudingen, zoowel als in de mogelijkheid van veralgemeening van een gevonden regel met een sterk sprekend gevoel van goed en kwaad” (VG: p. 275).

De rechter voert zijn taak ten overstaan en in opdracht van de (rechts)gemeenschap uit. Bij de uitoefening van zijn ambt, is de rechter gebonden aan het recht dat binnen die gemeenschap geldt. Om zijn beslissing rechtskracht en gezag te geven, moet hij appelleren aan het heersende (positieve) gemeenschapsrecht. “Doch tegelijkertijd is het een oordeel, dat uitgesproken wordt in een functie, die de gemeenschap opdroeg. [...] [H]et moet steunen op gezag – het moet logisch verantwoord kunnen worden. Die verantwoording kan alleen door een redenering geschieden, waardoor de uitspraak in verband wordt gebracht met de factoren, die gezag hebben in een bepaalde gemeenschap. In zoverre is ieder rechtsoordeel rationeel” (AD: p. 133). Met behulp van een rationele motivering wordt het rechterlijk oordeel uit de persoonlijke sfeer gehaald en geplaatst in een maatschappelijk kader. Alleen binnen dat kader krijgt het rechterlijk oordeel concrete vorm en heeft het gezag en betekenis. Zonder een geldige legitimatie ontbeert een oordeel dergelijke rechtskracht. Een ongemotiveerd oordeel kan en mag geen stand houden.

De verhouding tussen ratio en intuïtie in de rechterlijke oordeelsvorming is dialectisch van aard. Rechtsvinding is altijd tegelijk én intellectueel én intuïtief zedelijk werk (AD: p. 132). Veel van de auteurs die de – in hun ogen te grote – rol van het irrationele en het geweten in de rechtsvinding bekritiseren, geven met hun commentaar onvoldoende blijk van een begrip van deze dialectische verhouding. Scholten stelt immers dat de rechter iemand is “die zijn uitspraak altijd aan twee zijden moet verantwoorden: ethisch tegenover zijn geweten en rechtsbewustzijn, intellectueel tegenover de regels, die hem zijn gesteld en de veralgemeening, die zijn uitspraak moet kunnen verklaren” (VG: p. 277). De rechter moet en overtuigd zijn van zijn beslissing en deze kunnen motiveren. Een rechterlijk oordeel dat één van deze elementen mist, ontbeert een vaste bodem en houdt dus geen stand.

Omdat het rechterlijk oordeel ook een gewetensbeslissing is, maar niet alleen een gewetensbeslissing zoals hierboven betoogd, krijgt heeft het in de ogen van Scholten altijd een persoonlijke kleuring (VG: p. 160). Dit is niet alleen onvermijdelijk, maar ook gewenst. Het risico dat persoonlijke tinten van de rechter uitgroeien tot een oncontroleerbaar rechterlijk subjectivisme is echter minimaal. “De enkele gewetensuitspraak beslist toch niet over het recht. Het innerlijk zedelijk oordeel mag en moet ieder leiden, die in welke hoedanigheid ook, naar recht zoekt, met dit zedelijk oordeel alleen maakt hij geen recht. Er komen zooveel andere bestanddelen daarbij mede in aanmerking, dat het gevaar voor bodemloos subjectivisme niet heel groot is” (VG: p. 144). De marges voor een gewetensvolle beslissing zijn dus betrekkelijk smal (Brouwer, 2004: p. 51) omdat het rechterlijk oordeel strak is ingesnoerd door onder andere de feiten en de motiveringsplicht.

3.4 Synthese

De opvattingen van Holmes en Scholten over rechterlijke oordeelsvorming tonen veel overeenkomsten; beide schrijvers verzetten zich tegen het formalisme en hanteren een antipositivistische rechtsontologie, vragen aandacht voor het niet-rationele karakter van de rechterlijke oordeelsvorming, beschouwen het recht als een historisch gegroeid fenomeen en benadrukken het handelingskarakter van recht en rechtspraak. Bovendien is het werk van beide schrijvers nog altijd opvallend actueel voor de analyse van rechterlijke oordeelsvorming. Het is zeer onwaarschijnlijk dat Holmes werk van Scholten heeft gelezen. De grote doorbraak van Scholten was pas aan het einde van Holmes' leven. Bovendien schreef Scholten voornamelijk in het Nederlands. Onduidelijk is in welke mate Scholten bekend was met het werk van Holmes. Scholten was over het algemeen zuinig met literatuurverwijzingen en in zijn rechtstheoretisch werk wordt in ieder geval niet naar Holmes verwezen. Het is overigens wel waarschijnlijk dat Scholten zich net als een groot deel van zijn Europese tijdgenoten heeft laten inspireren door Holmes en de rechtsrealisten (Van Dunné, 1982/2006: pp. 369 e.v.).

Deze overeenkomsten tussen het denken van beide schrijvers zijn opvallend omdat hun rechtstheorieën op fundamenteel verschillende levensbeschouwelijke uitgangspunten zijn gebaseerd. Holmes was een uitgesproken agnost en gaf daarvan in zijn academische werk ook blijk. Scholten was een belijdend christen. In zijn rechtswetenschappelijk geschriften verwees hij regelmatig naar zijn persoonlijke geloofsovertuiging en een deel van zijn reputatie ontleent hij aan zijn evangelische werk. Omdat voor dit onderzoek een diepgaande analyse van de overeenkomsten en de verschillen tussen Holmes en Scholten niet noodzakelijk is, laat ik de vergelijking verder rusten.

In plaats daarvan zou ik een verbinding willen leggen tussen het werk van de hierboven besproken auteurs en de kritiek op het hedendaagse denken over rechterlijke oordeelsvorming. In de eerste twee hoofdstukken heb ik deze kritiek behandeld en de fundamenteen voor rechtspraak als praktische oordeelsvorming geschetst. Rechterlijke oordeelsvorming wordt in dit perspectief beschouwd als een handeling die inhoud en betekenis krijgt tegen een achtergrond van grotendeels stilzwijgende kennis. Hoewel het niet mogelijk is de (omvang)rijke rechtstheorieën van Holmes en Scholten tot enkele beginselen te reduceren, spelen het handelingskarakter en de stilzwijgende achtergrondkennis een centrale rol in beide benaderingen. Aan deze aspecten besteed ik kort aandacht.

In het proces van oordeelsvorming richt de rechter zich op het feitelijk effect van zijn handelen. "It is the merit of common law that it decides the case first and determines the principle afterwards" (Holmes, 1870/1995: p. 212) en "eerst met de beslissing is de regel gegeven" (AD: p. 9). In het proces van rechterlijke oordeelsvorming anticipeert de rechter op de acceptatie van zijn oordeel. De mate waarin de rechter een oordeel overtuigend motiveert is medebepalend voor de acceptatie. De beslissing moet juridisch standhouden en door partijen, de rechtsgemeen-

schap en de samenleving in ruime zin worden aanvaard. Omdat recht en rechtspraak een open systeem vormen, is de juridisch-logische motivering echter niet bepalend voor de acceptatie van het oordeel. Het recht en de feiten noch de ratio bieden de rechter een onwrikbare houvast bij zijn anticipatie op de aanvaardbaarheid van zijn beslissing. Holmes en Scholten hebben uitvoerig aandacht aan dit probleem besteed en een rechtsvindingstheorie op een andere epistemologische grondslag uitgewerkt. Bij Holmes is de sociaalhistorisch gevormde *experience* een essentiële kennisvorm voor de rechterlijke oordeelsvorming. Het geweten en het rechtsbewustzijn spelen in de rechtstheorie van Scholten een belangrijke rol. In het verlengde hiervan wordt de eis gesteld dat rechterlijke uitspraken moeten appelleren aan een gedeelde rechtvaardigheid. Deze eis van rechtvaardige rechtspraak is vandaag de dag een in de praktijk en de theorie breed gedeeld uitgangspunt voor rechterlijke oordeelsvorming. Voor de uitwerking van beide kennisbegrippen verwijs ik naar de subparagrafen 3.2.1 en 3.3.5.

De epistemologie en het denken over sociaal handelen heeft zich sinds Holmes en Scholten sterk ontwikkeld. Onder invloed van onder meer de opkomst van de filosofische hermeneutiek, de regeltoepassingstheorie van Wittgenstein en de heropleving van het pragmatisme is de afgelopen decennia veel onderzoek gedaan naar en geschreven over de totstandkoming van sociaal handelen in een concrete setting en de rol van stilzwijgende achtergrondkennis in dergelijke processen. Met name empirisch onderzoek naar verschillende vormen van sociaal handelen heeft het inzicht in deze relatie en processen vergroot. De centrale thema's in de rechtstheorieën van Holmes en Scholten – rechterlijke oordeelsvorming als een handeling en de rol van *experience* respectievelijk rechtsbewustzijn en geweten tegen een decor van stilzwijgende achtergrondkennis – sluiten nauw aan bij dit onderzoeksterrein. De inzichten die de benadering van Holmes en Scholten hebben opgeleverd, kunnen worden verrijkt met het vocabulaire en het kader dat bovengenoemd onderzoek hebben opgeleverd. Dit geldt in het bijzonder voor het handelingskarakter van het rechterlijk oordeel, de constructie van een setting die een aanvaardbare beslissing mogelijk maakt, het interactieve, sociale karakter van de morele oordeelsvorming en praktische wijsheid. Deze elementen zullen in de volgende drie hoofdstukken verder worden uitgewerkt.

HOOFDSTUK 4

De regels

‘Il y a peu de relation de nos actions, qui sont en perpétuelle mutation, avec les lois fixes et immobiles.’ – M. de Montaigne⁴⁹

4.1 Inleiding

In de *communis opinio* wordt regels een centrale rol in de rechtspraak toegedicht. Procespartijen doen ter onderbouwing van hun vordering een beroep op verschillende rechtsregels zoals de wet, de jurisprudentie, het ongeschreven recht en de inhoud van een overeenkomst. De rechter beoordeelt aan de hand van rechtsregels de door partijen gepresenteerde feiten. Zo is in artikel 6:162 BW bepaald dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. Voor de beslissing maakt de rechter gebruik van de in de jurisprudentie uitgewerkte criteria om vast stellen of sprake is van onrechtmatig handelen. Hij hoeft de algemene norm slechts toe te passen op de concrete casus. “Die Norm bedarf zur Rechtsanwendung nur der „Konkretisierung“ auf das *hic et nunc* von ihr Gebotene. So einfach ist es scheinbar mit ihrer „Anwendung“” (Esser, 1970: p. 74). Deze (rol)opvatting vindt ook gehoor binnen de rechterlijke macht. Ilustratief is bijvoorbeeld de opmerking van de Rotterdamse rechter en senator voor de ChristenUnie, Flora Lagerwerf-Vergunst: “Als rechter dien ik de *wet toe te passen*, mijn privé-opvattingen doen er niet toe.”⁵⁰

Het recht wordt vaak beschouwd als het gereedschap van de jurist, dat naar gelang behoefte en noodzaak kan worden ingezet. Over het algemeen volstaat het gereedschap voor de taak waarvoor rechters worden gesteld, omdat de toepassing van regels in de meeste casussen geen problemen veroorzaakt (Drion, 1982: p. 377). In de meerderheid van eenvoudige gevallen is de taak van de rechter dan ook heteronoom bepaald; hij is niet meer dan een *bouche de la loi* (Wiarda, 1963/1999: p. 20). Een goede rechter kent het recht, dat wil zeggen, hij kan met zijn kennis van de wet- en regelgeving en de in de jurisprudentie uitgewerkte regels de voorgelegde casus oplossen. Door deze (kennis van de) regels toe te passen op de casus, komt hij logischerwijs tot een beslissing (Peczenik, 1989: p. 19). In een klein aantal gevallen reiken

49 “Er bestaat weinig verband tussen ons handelen (dat voortdurend aan veranderingen onderhevig is) en de vaste, onveranderlijke wetten” (De Montaigne, 1580/2006: p. 11).

50 Smilde, 2007: p. 24

de regels echter geen oplossing aan en is niet direct duidelijk hoe een regel moet worden toegepast. In legistische benadering is in die moeilijke gevallen sprake van rechtsvinding en heeft de rechter de vrijheid om de lacune in de wet op te vullen (Smith, 1996: p. 36). Hij moet dan zijn gereedschapskist⁵¹ met behulp van rechtsvindings- en interpretatietechnieken aanvullen.

De zojuist beschreven algemene opvatting over regeltoepassing is van verschillende kanten aangevallen. Holmes, Scholten en andere rechtsgeleerden hebben deze instrumenteel-rationalistische benadering van regels ten gronde bekritiseerd. Dit commentaar is in het vorige hoofdstuk besproken. Maar ook in de filosofie en de sociologie is kritiek geuit, onder anderen door Wittgenstein, Taylor en Bourdieu. Deze schrijvers hebben laten zien dat regels niets zeggen over hun eigen toepassing. Het toepassingsbereik van regels is nooit helemaal uit te drukken in een linguïstische formulering. De norm is immers niet gelijk aan de normtekst (Van Dunné, 2006: p. 31) waardoor er uiteindelijk altijd een restdeel overblijft dat niet kan worden opgevuld met aanvullende argumentatie of expliciete kennis van regels (Berteau, 2003: p. 534). Aan de herleiding van regels tot hogere regels komt eens een eind (Scholten, 1949: p. 273). Tussen de inhoud van de regel en het beslissen naar die regel bestaat dan ook een onoverbrugbare epistemische kloof.

In dit hoofdstuk zal ik de kritiek op het rationalistische model van regeltoepassing en de alternatieve visie daarop behandelen. Om een regel te kunnen begrijpen moet een verbinding worden gelegd met de context en de situatie waarin deze wordt toegepast (Bourdieu, 1977: p. 26). Het regeltoepassingsmodel van Wittgenstein zal hiervoor als basis dienen. In dit model wordt het volgen of toepassen van regels als een handelingspraktijk beschouwd. In paragraaf 4.3 zal ik aandacht besteden aan Wittgensteins filosofie. Vervolgens zal ik paragraaf 4.4 nader ingaan op de kwestie hoe de betekenis van regels in concrete gevallen tot stand komt. Achtergrondkennis speelt een belangrijke rol in dit proces van begripsvorming. Zoals ik hieronder zal uitwerken, kan de verhouding tussen achtergrondkennis en actueel begrip goed tot uitdrukking worden gebracht in de hermeneutische filosofie van Gadamer. Voordat ik deze theoretische noties uitwerk, zal ik de casus 'Lening op naam' presenteren (paragraaf 4.2). Deze casus dient als illustratiemateriaal voor dit hoofdstuk en wordt in paragraaf 4.5 geanalyseerd aan de hand van de opgedane theoretische inzichten.

4.2 Lening op naam

Annemarie Henderson is ruim vijftien jaar actief binnen de Rechtspraak. Na haar raioopleiding is zij in de rechtbank Grootstad tot rechter benoemd. Na een aantal jaren binnen de sector strafrecht werkzaam geweest te zijn, draait zij nu al weer geruime tijd mee in de sector

51 Dit begrip is ontleend aan Vranken (1995: p. 76).

civiel. In een interview vertelde zij over de casus ‘Lening op naam’ die zij anderhalf jaar voor het interview behandeld heeft.⁵²

“Dit is een zaak waarin een meneer een bedrijf had. Wat voor een bedrijf weet ik niet meer precies. Ik geloof dat het om een kunststoffabriek ging die zaken deed met een andere kunststoffabriek en daar spullen kocht. Dat deed hij als vennootschap. Dat was zijn eigen vennootschap. Hij was enig aandeelhouder.

Het is in de praktijk vaak zo dat directeuren van vennootschappen zich in privé borg moeten stellen voor leningen van de bank. Banken denken al gauw dat dat misgaat. Nou, wat hier gebeurd is, is dat het bedrijf van deze meneer nogal een schuld had bij een andere kunststoffabriek. Toen is er gesproken over een constructie waarbij dan die andere kunststoffabriek vijftigduizend euro of zo zou lenen. Dat bedrag zou vervolgens worden terugbetaald en afgeboekt. Eerst zou worden afgeboekt op de korte schulden en dat zou dan later in termijnen worden terugbetaald.

Wat gebeurt er nou in deze casus. Op een gegeven moment gaat dat bedrijf van die meneer failliet. En er staat nog wat open van die schuld. Dan ontstaat er een geschil want die andere kunststoffabriek zegt het geld aan die meneer privé geleend te hebben. En die meneer privé zegt, nee, dat hebben jullie aan de vennootschap geleend.

Vervolgens wordt een contract op tafel gelegd. Dan gaat het dus om de inhoud van dat contract. En in dat contract staat dat er wordt geleend aan die meneer. Maar er staat ook boven die meneer, directeur van de vennootschap. Het geld is feitelijk ook bij de vennootschap terecht gekomen. En dan heb je dus een zaak waarin de ene a zegt en de andere b. En beiden voeren daarvoor allerlei argumenten aan waarover ik moet beslissen. In de eerste plaats moet je dan kijken wie het moet bewijzen eventueel. Maar eerst ga je natuurlijk kijken wat er nou precies aan de hand is geweest of je daar ook zonder nader bewijs kunt uitkomen. Het enige dat er dan is, is die overeenkomst.

En die overeenkomst moet je dan gaan uitleggen en dan weeg je dingen tegenover elkaar af. Eigenlijk komt het dan toch neer op een soort boerenverstand. Wat staat er nu eigenlijk? Heeft die meneer nou mogen denken dat toen hij tekende niet hij werd gebonden, maar de vennootschap? En dat is op zich wel een juridisch geschil maar het is ook een soort gezond verstand.

En dat speelt dan ook een rol bij de positie van zo iemand. Ik denk toch dat je dat laat meewegen. Dat komt dan niet uitdrukkelijk in het vonnis tot uiting, maar ik denk wel dat het iets is dat een rol speelt. Hoe beter iemand is opgeleid, hoe beter hij overziet wat ie tekent. Iemand die zaken doet, die dagelijks zaken doet, begrijpt dat ook beter. En daar kan je dan ook van

52 Een rechter in de rechtbank Grootstad heeft in een interview verteld over deze casus. De namen van betrokkenen en referenties die tot de zaak kunnen herleiden, zijn gefingeerd. Het vonnis in deze zaak is niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

verwachten dat hij beter leest dan iemand die om de hoek een tweedehands auto koopt en daar een contractje voor tekent. Dus dat soort aspecten spelen een rol.

En in dit geval heb ik doodeenvoudig op basis van die tekst van die overeenkomst beslist. Het zag er naar uit dat die man zich in privé verbonden had en dat hij zelf op basis van dat stuk eigenlijk niet anders heeft mogen verwachten. Er waren wel argumenten voor zijn visie, maar die waren onvoldoende. Dat betekent dus dat meneer dat geld moet terugbetalen.”

4.3 Regeltoepassing als handelingspraktijk

De werking van regeltoepassing wil ik graag illustreren met een bekend voorbeeld van Wittgenstein over een persoon die vraagt hoe hij op de door hem gewenste plaats van bestemming kan komen. Deze persoon, niet bekend met onze regels en gebruiken, krijgt te horen: “Dat is vrij eenvoudig. Gewoon de pijlen volgen, dan kom je er vanzelf.” De persoon knikt begrijpend, dankt hartelijk voor de geboden hulp en zet vervolgens zijn weg voort tegen de richting van de pijlen in. Hij volgt de pijlen in de richting van de veren in plaats van de punt. Kennelijk is de voor ons vanzelfsprekende regel over het volgen van pijlen niet bekend bij deze persoon. Mogelijk omdat in de samenleving waar deze persoon vandaan komt geen pijl en boog bestaan en de regel die hiernaar verwijst weinig zeggend is. Om de persoon op het juiste pad te brengen, moeten wij dus niet alleen de regel uitleggen maar ook vertellen welke logica achter deze regel schuil gaat. Maar als deze achterliggende regel(s) en inzichten consequent goed worden toegepast, dan komt de persoon vanzelf op de plaats van bestemming, zou je zeggen.

Deze benadering van regeltoepassing wordt rationalistisch of intellectualistisch genoemd. Aan deze benadering ligt de aanname ten grondslag dat concrete beslissingen kunnen worden aangestuurd met expliciete kennis van algemene regels. De toepassing van de eenvoudige regel ‘volg de pijlen’ leidt in bovenstaand voorbeeld al tot een aantal complexe problemen omdat de kennis over het volgen van pijlen kennelijk niet universeel is. En dan is nog niet eens aan de orde geweest hoe de persoon in bovenstaand beeld de pijlen kan herkennen, hoe hij pijlen die de route aanduiden kan onderscheiden van andere pijlen, hoeveel afstand tussen de pijlen aangehouden wordt, wat hij moet doen als een richtingaanwijzing weggevallen is, wanneer hij weet dat hij zijn einddoel heeft bereikt, et cetera. Wittgenstein heeft laten zien dat de rationalistische benadering over regeltoepassing geen goede oplossing biedt voor al deze toepassingsproblemen. In deze paragraaf werk ik zijn kritiek uit (4.3.1) en presenteer ik vervolgens het door Wittgenstein geschetste alternatief van regeltoepassing als handelingspraktijk (4.3.2). Aan verschillende elementen van deze handelingspraktijk besteed ik in 4.3.3 nog nadere aandacht.

4.3.1 Kritiek op het rationalisme: regels zeggen niets over hun eigen toepassing

In het rationalisme wordt er van uitgegaan dat met kennis van de regel het handelen, in het geval van de rechterlijke oordeelsvorming de beslissing in het concrete geval, kan worden aangestuurd. Dit is ook de vooronderstelling als de persoon uit het eerste voorbeeld op pad gestuurd wordt met de instructie “volg de pijlen”. Het voorbeeld laat echter ook zien dat tussen de regel en het handelen naar die regel een fundamentele kloof bestaat (Wittgenstein, 1953/2003: nr. 198). Regels passen zichzelf niet toe, maar moeten toegepast worden (Taylor, 1995d: p. 177). In het geval van rechterlijke oordeelsvorming is voor de toepassing van regels dus een handeling vereist. Dit betekent dat het handelen niet rechtstreeks wordt aangestuurd door expliciete kennis van de externe regels, maar uiteindelijk door de handelende actor – bewust of onbewust – gewild moet zijn. Paul Scholten heeft in zijn rechtstheorie uitvoerig aandacht besteed aan dit volitieve karakter van regeltoepassing.⁵³ Bovenstaand voorbeeld illustreert dat de regel “volg de pijlen” geen vanzelfsprekende betekenis heeft en op verschillende manieren kan worden toegepast. Om regels op de juiste wijze te kunnen toepassen moet de handelende actor dus niet alleen bekend zijn met de inhoud van de regel, maar ook met buiten de regel liggende toepassings-, interpretatie- of herkenningsgewoonten en -praktijken (Collins, 2001: p. 110).

Volgens Wittgenstein en andere critici kan de kloof tussen het domein van de regel en het domein van het handelen nooit volledig overbrugd worden met expliciete kennis van (toepassings)regels. Regels helpen een actor bij zijn handelingen en kunnen inzichtelijk maken welke mogelijke gevolgen een handeling kan hebben (Wagenaar, 2005: p. 18). Kennis dat pijlen in de richting van de punt gevolgd worden, kan de persoon in bovenstaand voorbeeld behulpzaam zijn bij het vinden van zijn bestemming. De kloof tussen de regel en de conforme handeling wordt wellicht iets smaller. Maar dit inzicht zegt nog niets over de talloze andere toepassingvraagstukken die kunnen opspelen. In de inleiding bij deze paragraaf heb ik een aantal denkbare vragen opgevoerd. De actor moet dus kennis hebben van de regel, alle mogelijke toepassingssituaties, de situaties waarin de regel niet geldt en eventuele uitzonderingen daarop. “If in order to understand directions or know how to follow a rule, we have to know that all these deviant readings are deviant, and if this means that we must have already formulated thoughts to this effect, then we need an infinite number of thoughts in our heads even to follow the simplest instructions. Plainly this is crazy” (Taylor, 1995d: p. 166).

Alle regels, dus ook toepassings-, herkennings- en interpretatieregels, zijn onherroepelijk incompleet; zoals Lucy Suchman (1987: p. 101) het noemt “irremediably incomplete descriptions of [...] situations.” Het onvoorspelbare en onbepaalde karakter van de dagelijkse praktijk en de menselijke creativiteit kunnen nooit *ex ante* worden vastgelegd in expliciete regels. En

53 Zie paragraaf 3.3.4 voor een nadere uitwerking.

dan laat ik in dit verband de – moeilijk te doorgronden – complexiteit van het recht en de samenhang tussen de verschillende rechtsregels nog buiten beschouwing. Begrip en toepassing van rechtsregels kan nooit op kennis van het recht alleen zijn gebaseerd. Zoals wij reeds bij Holmes en Scholten zagen, betekent dit dat de kloof tussen de regel en het handelen nooit helemaal kan worden overbrugd. “Wittgenstein insisted there is nothing there. There is no mysteriously pre-existing handrail to guide us” (Bloor, 2001: p. 96). Of in de woorden van Wittgenstein zelf: “Habe ich die Begründungen erschöpft, so bin ich nun auf dem harten Felsen angelangt, und mein Spaten biegt sich zurück” (1953/2003: nr. 217).

4.3.2 Regeltoepassing is een praktijk

Wittgenstein heeft geprobeerd de rationalistische queeste naar expliciete toepassingsregels op te lossen door regels en regeltoepassing als een praktijk te beschouwen. “Darum ist ‘der Regel folgen’ eine Praxis. Und der Regel zu folgen *glauben* ist nicht: der Regel folgen” (Wittgenstein, 1953/2003: nr. 202). In de literatuur bestaan zeer uiteenlopende definities van een handelingspraktijk. De handelingspraktijktheorieën die in dit verband relevant zijn, hebben gemeenschappelijk dat handelingen geen zelfstandige betekenis hebben, maar dat deze betekenis tot stand komt in relatie met de context waarin de handeling wordt uitgevoerd. Zo definieert Schatzki (2001a: p. 2) een handelingspraktijk als “*embodied, materially mediated arrays of human activity centrally organized around shared practical understanding*”, spreken Cook en Brown (1999: p. 388) over “the *coordinated activities* of individuals and groups in doing their “real work” it is informed by a particular organizational or group context” en ziet Wenger (1998: p. 47) een handelingspraktijk als “a *doing in a historical and social context that gives structure and meaning* to what we do.”

In deze definities van handelingspraktijken valt een aantal elementen op; handelingspraktijken bieden een ruimte waarin betekenisvol handelen tot stand kan komen; handelingspraktijken zijn in ons handelen belichaamd; handelingspraktijken stellen verschillende actoren in staat hun handelen op zinvolle wijze op elkaar af te stemmen; en handelingspraktijken zijn sociaal-historisch gegroeid. Deze elementen zijn reeds in subparagraaf 2.4.1 aangestipt en zullen in de volgende twee hoofdstukken nog verder worden uitgewerkt en toegelicht. De geïnteresseerde lezer wordt doorverwezen naar Schatzki (2001a) en Wagenaar en Cook (2003) voor een overzicht van verschillende handelingspraktijktheorieën. Wittgenstein heeft echter verzuimd zijn begrip van een handelingspraktijk uit te werken, hetgeen tot gevolg heeft gehad dat er in de literatuur twee verschillende interpretaties over zijn uitwerking van een handelingspraktijk in omloop zijn gekomen. Omdat de verschillende interpretaties raken aan de vraag hoe regels en handelingen zich tot elkaar verhouden, besteed ik kort aandacht aan dit verschil.

In de eerste interpretatie wordt benadrukt dat handelen nooit gerechtvaardigd kan worden vanwege de intrinsieke kloof tussen regel en handelen. “That’s because the connections

that form our background are just de facto links, not susceptible of any justification. [...] It's just a fact about us that we react this way, as it is that we blink when something approaches our eyes, and no justification is in order" (Taylor, 1995d: p. 167-8). In deze visie moet de legitimatie van regels uiteindelijk gezocht worden in het handelen zelf. Saul Kripke (1982), één van de voornaamste Wittgenstein-interpretatoren, heeft de basis gelegd voor deze lezing. Deze interpretatie lijkt onder andere steun te vinden bij Wittgensteins uitspraak "Wenn ich der Regel folge, wähle ich nicht. Ich folge der Regel blind" (1953/2003: nr. 219). Het "blote" handelen heeft in deze interpretatie het primaat over regels. Een intellectuele reflectie op dit handelen is niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk. Net als in de rationalistische of intellectualistische opvatting over regeltoepassing, wordt in deze lezing de kloof tussen regel en handelingen niet gedicht. Deze interpretatie verschaft dan ook geen groter inzicht in regeltoepassing dan de hierboven besproken rationalistische benadering.

In de tweede interpretatie wordt het handelen beschouwd als een geïntegreerd onderdeel van – grotendeels stilzwijgende – achtergrondkennis. Deze achtergrondkennis is ingebed in een breder verband van een historisch gegroeide traditie en stelt actoren in staat te reflecteren op het eigen handelen en zodoende regels gericht te volgen en toe te passen. In de volgende subparagraaf zal de werking van de achtergrondkennis verder worden uitgediept. Deze tweede interpretatie is geschikter voor een begrip en toepassing van regels in processen van rechterlijke oordeelsvorming omdat handvatten aangereikt worden om de kloof tussen regel en handelen te kunnen dichten. Bovendien wordt aan rechtspraak de eis gesteld dat een beslissing gemotiveerd moet worden. "We offer justifications and reasons for the way we apply legal rules, and we are willing to entertain doubts about whether or not we are applying them correctly" (Hershovitz, 2002: p. 636). De motiveringsplicht vereist dat een rechter verantwoording aflegt over zijn handelen en dat hij kan beargumenteren waarom hij juist deze beslissing heeft genomen. Juist in de motivering onderscheidt legitieme rechtspraak zich van rechterlijke willekeur (Loth, 2001: p. 114). In de interpretatie waarin regels blindelings worden toegepast, kan geen uiting gegeven worden aan deze reflexieve component van de rechterlijke oordeelsvorming.

4.3.3 Regeltoepassing is intelligent, reflexief handelen

Laten wij nog iets dieper ingaan op regeltoepassing als een handelingspraktijk. Regels zijn alleen denkbaar in een groter, sociaal-maatschappelijk verband, waaraan meerdere actoren deelnemen. Rechters kennen de betekenis van deze regels omdat zij participeren aan een *sociale* handelingspraktijk van rechterlijke oordeelsvorming en het sociaal-maatschappelijke verkeer (Taylor, 1995d: p. 168). De rechter uit de casus 'Lening op naam' begrijpt de maatschappelijke betekenis van contracten, omdat zij in hoedanigheid van onder andere consument, rechter en krantenlezer bekend is met de belangen en omgangsvormen in het handelsverkeer.

Net als andere handelingspraktijken heeft de praktijk van regeltoepassing een meervoudig karakter (Bloor, 2001: p. 101; Wenger, 1998: p. 49 e.v.). De praktijk heeft een participatieve component. De deelnemers aan de praktijk handelen en stemmen die handelingen af op een collectief handelingspatroon. Daarnaast heeft de praktijk een cognitieve of reflexieve component. Het handelingspatroon krijgt vorm en inhoud in disposities, verbale expressies en formules zodat actoren situaties waarin de regel van toepassing is of die interventie vereisen, herkennen en kunnen reflecteren op hun handelen in deze situaties. “Practice always implies a cognitive operation, a practical operation of construction which sets to work, by reference to practical functions, systems of classification (taxonomies) which organize perception and organize practice” (Bourdieu, 1977: p. 97). Ten slotte heeft een praktijk een materiële component. De handelingen vinden plaats in de sociale en fysieke wereld en via de reflectie wordt het handelen afgestemd op de kenmerken van die wereld.

Om een regel op de juiste wijze te kunnen toepassen, moet een rechter verschillende componenten op zich laten in werken zonder dat hij de koppeling daartussen kan expliciteren. Kennis van de regel of regelconform handelen is niet voldoende. De rechter moet het recht toepassen, hetgeen een handeling én kennis vereist. Juist in die wisselwerking ligt de kern en tevens de moeilijkheid van de rechterlijke oordeelsvorming besloten. Situaties die op papier of in gedachten eenvoudig, overzichtelijk en helder lijken, blijken in de praktijk weerbarstig te zijn (Taylor, 1995d: p. 177). Van de rechter wordt verwacht dat hij met deze complexiteit en weerbarstigheid weet om te gaan. Voorstellingen van rechterlijke oordeelsvorming waarin deze dynamiek ontbreekt, waarin regels en beslissingen als gescheiden onderdelen worden gepresenteerd, zijn incompleet. “We miss the entire interplay between action under uncertainty and varying degrees of phronetic insight on the one hand, and the norms and rules that animate this action, on the other” (Taylor, 1995d: p. 178).

Een diepgaand begrip (van de toepassingsmogelijkheden) van regels komt tot stand via een doorlopende wisselwerking tussen participatie en reflectie. Dit is alleen mogelijk als de rechter het recht in de vingers heeft en een competente deelnemer aan de rechtspraktijk is (Bourdieu, 1998: p. 80). Zijn ervaring omvat onder meer alle eerdere situaties die hij heeft moeten oplossen, zijn scholing, zijn kennis van het recht en in de samenleving geldende normen en rechtsbeginselen. Wie recht spreekt, moet “het leven” kennen, wordt wel gezegd. Levenservaring helpt de rechter zich met de handelingspraktijk van de regeltoepassing te kunnen verstaan. Deze (levens)ervaring is niet statisch, maar ontwikkelt zich voortdurend omdat de rechter keer op keer regels gebruikt in concrete gevallen. De participatie aan de praktijk van de rechtspraak geeft een rechter niet alleen inzicht in een regel, maar zorgt er ook voor dat hij in concrete situaties de regel kan gebruiken om tot een aanvaardbare beslissing te komen. “In its operation, the rule exists in the practice it guides. But we have seen that the practice not only fulfils the rule, but also gives it concrete shape in particular situations. Practice is [...] a continual interpretation and reinterpretation of what the rule really means” (ibid.).

De overbrugging van de kloof tussen regel en handelen berust op een praktijk. Onze expliciete kennis van de regels, bijvoorbeeld de kennis over een onrechtmatige daad of de regels van het burgerlijk procesrecht, krijgt betekenis tegen een decor van deze grotendeels onuitgesproken en vanzelfsprekende kennis. “Understanding is always against a background of what is taken for granted, just relied on” (Taylor, 1995d: p. 167). Deze “achtergrondkennis” zorgt ervoor dat rechters min of meer spontaan begrip hebben van situaties waarin zij participeren en de wijze waarop regels daarin een rol spelen. In de volgende paragraaf zal ik nader ingaan op het karakter van deze achtergrondkennis en de verhouding tot rechtsregels.

4.4 Achtergrondkennis

De betekenis van regels komt tot stand door naar de geactualiseerde zin ervan te zoeken – en dus naar de betekenis die de regel voor de betrokkenen in de concrete situatie heeft (Smith, 1998: p. 67). Dit proces van geactualiseerde betekenisverlening heeft een spiraalvormige structuur. Om tot een rechterlijk oordeel te kunnen komen, moet een rechter de casus tegen de achtergrond van de toepasselijke rechtsregels waarderen. Tegelijkertijd beoordeelt de rechter de wet- en regelgeving vanuit het perspectief van de casus. Bij de interpretatie van rechtsregels gaat het immers niet om een algemeen begrip van het recht, maar vooral om het inzicht hoe het recht bijdraagt aan de oplossing van de onderhavige casus. In de woorden van de Duitse rechtsgeleerde Esser: “Für die Interpretation im Recht wird vielmehr ausschlaggebend, dass ja mit einer bestimmten Erwartung an die Lösungsmöglichkeit von Konfliktsfragen an jene zu interpretierenden Texte herangetreten wird und dass diese Erwartung die Interpretationsmöglichkeiten begrenzt und erschließt” (1970: p. 139).

De hermeneutiek is oorspronkelijk de kunst van het uitleggen of de methode van het verstaan. Met behulp van de hermeneutische methode wordt de intrinsieke afstand tussen de bron van een tekst en de geadresseerde overbrugd. In de disciplines die gericht zijn op het overbruggen van deze kloof – de geschiedenis, de theologie en de rechtswetenschap – heeft de hermeneutische methode een lange traditie (Van Tongeren, 1990: p. 149). Dit geldt in het bijzonder voor de rechtspraak. De etymologische wortels van verstaan, begrijpen, *verstehen*, kunnen volgens Gadamer dan ook tot de rechtspraak herleid worden. “Der juristische Sinne von Verstehen, d.h. das Vertreten einer causa vor Gericht, scheint die Urbedeutung zu sein. Dass sich von da aus Wort ins Geistige wendet, erklärt sich offenbar daraus, dass die Vertretung einer Sache vor Gericht eben einschließt, sie zu verstehen, d.h. sie zu beherrschen, dass, am sich allen möglichen Wendungen der Gegenpartei gegenüber zurechtfindet und den eigenen Rechtsstandpunkt geltend macht” (1960/1990: p. 265). Het is de verdienste van Gadamer geweest dat hij de overgang van de (wijsgerige) hermeneutiek als methode naar de hermeneutische filosofie heeft geëxpliciteerd (Van Tongeren, 1990: p. 149). Niet alleen het juridische, historische of godsdienstige begrip, maar alle begrip komt tot stand in een landschap van stilzwijgende

aannames en assumpties. Esser en Larenz hebben vervolgens, geïnspireerd door Gadamer, de basis gelegd voor een hermeneutische rechtstheorie.

In deze paragraaf laat ik zien op welke wijze in rechterlijke oordeelsvorming betekenissen tegen een decor van achtergrondkennis tot stand komen (4.4.1). In 4.4.2 besteed ik bijzondere aandacht aan de bemiddelende functie van de taal en de rechtsbegrippen. Deze paragraaf wordt afgesloten met een uitwerking van de vorming van actuele betekenissen (4.4.3).

4.4.1 Betekenisverlening vereist voorbegrip

Dialectische verhouding tussen regel en toepassingssituatie

In de rechtspraak hebben regels geen algemene, vaststaande betekenis, maar zij krijgen deze pas nadat zij zijn toegepast op de situatie die aan de rechter is voorgelegd. Rechtsregels kennen een zogenaamde *Reglungsbedürftigkeit*, dat wil zeggen dat zij van nature een gebrekkelijk ordenend karakter hebben (Esser, 1970: p. 11; Van Dunné, 1976/2006: p. 732). De rechtsregel en de situatie hebben geen vanzelfsprekend, logisch verband, zodat de algemeen geformuleerde regel niet automatisch zijn ordening aan de werkelijkheid kan opleggen. Om de regel en de casus met elkaar in verbinding te brengen, is een wilsdaad van de rechter nodig, zoals wij bij Scholten zagen. De rechter moet een regel van toepassing verklaren op een situatie. Deze delicate verhouding wordt treffend verwoord in het volgende citaat: “Die Norm verkörpert nicht eine „konkrete“ Ordnung, sonder ein Ordnungsziel. Ziele aber müssen im Auge behalten werden, bis sie erreicht sind, sie sind nicht in einer programmierten Weise automatisch wirksam. Die Norm muss – wenn man das Bild weiterverwenden darf – ins Ziel gesteuert werden, sie trifft nicht logisch, sonder nur teleologisch ins Schwarze. Daher sind für die Akte der Normanwendung die Zielvorstellungen maßgebend, die mit der Norm als Regelungsmuster verbunden sind – ihre sogenannte ratio” (Esser, 1970: p. 34).

Tegelijkertijd krijgen concrete situaties pas een – juridische – betekenis als zij in een groter verband worden geplaatst. Betekenisverlening is derhalve alleen mogelijk vanuit een bepaald ordenend referentiekader of verwachtingspatroon. Deze verwachting is gevormd door een “reeds weten” waardoor actuele situaties met bepaalde verwachtingen omtrent de mogelijke betekenis tegemoet getreden worden. Aan de hand van dit kader vindt een anticipatie op de betekenis plaats. Dit geldt ook voor het begrip van het recht en de casus. Door de concrete casus in verbinding te brengen met het rechtstelsel, het juridisch discours en de rechtspraktijk krijgt hij betekenis. De rechter gaat hierbij niet op zoek naar een algemene of abstracte relevantie, maar naar een interpretatie van de casus en het recht die hem helpt het onderhavige geschil op te lossen (Esser, 1970: p. 138). Het deelproces van betekenisverlening gericht op

de casus en het betekenisverleningsproces gericht op de rechtsregels, staan dan ook in een wederkerige, dialectische verhouding tot elkaar.

Alomvattend voorbegrip

Mensen zijn voortdurend bezig hun actuele wereld te duiden en te begrijpen (Taylor, 1977: p. 106). De actieve oriëntatie op betekenissen en het van nature open staan voor de werkelijkheid zorgen ervoor dat de mens zich niet kan afsluiten voor processen van betekenisverlening. Doorlopend worden actuele situaties in verband gebracht met eerdere ervaringen, opvattingen, overtuigingen en kennis. De actor kan zijn historisch ontwikkelde begrippenkader niet naar believen in- en uitschakelen. De eerdere ervaringen draagt hij in alle situaties met zich mee en “sind ihm als solche nicht zu freier Verfügung“ (Gadamer, 1960/1990: p. 301).

Zo roept de casus ‘Lening op naam’ bij rechter Henderson (spontaan) associaties op met rechtsbegrippen, gebruiken in de bancaire sector, eerdere zaken die zij behandeld heeft, de jurisprudentie over de uitleg van overeenkomsten, haar professionele taakopvatting, de wettelijk bepalingen over vertegenwoordiging van vennootschappen, de weergave van het geschil in de dagvaarding, de opmerking van de advocaat van de eiser in een eerdere, vergelijkbare zaak, de hoorcolleges verbintenissenrecht en de opvattingen van haar collega’s over dergelijke zaken. Schön (1983: p. 138) noemt dit geheel van kennis, ervaringen, theorieën, *best practices*, handelingen, beelden en opvattingen het ‘repertoire’ van de rechter. Dit repertoire vormt het decor van (stilzwijgende) achtergrondkennis waarin ons handelen betekenis krijgt. Dit repertoire beperkt zich niet tot de ervaringen die een rechter in het kader van zijn werk opdoet, maar omvat alle eerdere levenservaringen, in welke vorm dan ook. De rechter is immers geen *tabula rasa*, maar is in zijn vroegere contacten met de wereld gepreformeerd (Vranken, 1978: p. 88).

Hoewel het repertoire op het eerste oog een hoogstpersoonlijk karakter lijkt te hebben, heeft hij talloze vertakkingen in een breder sociaal verband. Het grootste deel van ons repertoire is sociaal bepaald omdat elk individu geboren wordt in een bestaande wereld van symbolisch geordende praktijken: een cultureel geordende leefwereld (Logister, 2004: p. 105). De sociale werkelijkheid waarin individuen opgroeien heeft een zekere vanzelfsprekendheid en is constituerend aan ons begrip. Via participatie aan het sociale leven ontwikkelen individuen begrip van betekenissen in die sociale wereld waarmee zij intelligent sociaal handelen tot stand brengen. In hoofdstuk 6 kom ik nog uitgebreider terug op dit socialisatieproces.

Om de betekenis van het recht voor een concrete zaak te kunnen begrijpen, wendt de actor zijn volledige, ondeelbare, *Vorverständnis* aan. De *Vorverständnis* heeft een holistisch karakter, is alom aanwezig in het bewustzijn en de perceptie van de handelende actor. De rechter treedt de casus met heel zijn historisch gevormde begrip tegemoet. Pas in dit grotere verband, het historisch ontwikkelde beeld van de werkelijkheid, krijgen de afzonderlijke delen van die

werkelijkheid betekenis. Tegelijkertijd is de gehele werkelijkheid slechts toegankelijk via de afzonderlijke delen. Het recht is opgebouwd uit een groot aantal verschillende rechtsbegrippen die alle in een praktijk geworteld zijn. In de casus ‘Lening op naam’ worden verschillende leerstukken opgevoerd, zoals bestuurdersaansprakelijkheid, faillissementsrecht en de uitleg van overeenkomsten. Achter deze leerstukken gaan verschillende praktijken schuil die zijn opgebouwd uit talloze casus. Alleen deze casus, of beter gezegd, de onderdelen van de casus, en niet het recht *in abstracto*, kunnen worden waargenomen en begrepen.

Vooroordelen

De ondeelbaarheid van het repertoire heeft niet tot gevolg dat de betekenisverlening een proces is dat min of meer willekeurig en toevallig verloopt. De historisch ontwikkelde *Vorverständnis* wordt geconcretiseerd in de vooroordelen van de actor. Anders dan in de rationeel-positivistische traditie, kent Gadamer aan vooroordelen een positieve betekenis toe; vooroordelen kunnen worden beschouwd als historisch ontwikkelde hypothesen over de betekenis van de actuele wereld. Vooroordelen gaan vooraf aan een beoordeling van de wereld en zijn het begin van een proces van begrijpen en waarderen die begrips- en oordeelsvorming mogelijk maken. Via deze vooroordelen staat de actor in de wereld. “[Vooroordelen] zijn constituerende voorwaarden voor de kennisverwerving, in die zin dat ze de ingang vormen tot het Verstehensproces. Pas hierdoor kan uit de cirkelstructuur van het *Verstehen* kennis ontstaan” (Vranken, 1978: p. 88).

Dat vooroordelen een belangrijke rol spelen in de rechtspraak blijkt uit het volgende citaat van een rechter in de rechtbank Kleinstad: *“Ik ga wel met een bepaald vooroordeel de zitting in. Dat geeft naar mijn gevoel energie. Namelijk energie om nieuwsgierig te zijn van klopt het wat ik nou denk. In die zin heb ik het gevoel dat ik op de zitting creatiever kan zijn, onderzoekender kan zijn, dan zonder dat.”* Dit citaat geeft de betekenis van vooroordelen in de rechterlijke oordeelsvorming treffend weer. Omdat de rechter een bepaalde verwachting van een zaak heeft, een vooroordeel, kan hij nieuwsgierig zijn. Deze verwachting maakt het mogelijk dat de rechter zich een beeld van die zaak kan vormen. Dit vooroordeel heeft een open karakter dat een proces van begripsvorming in gang zet en juist niet belemmert. De creativiteit van de rechter wordt door vooroordelen gestimuleerd.

Hoewel vooroordelen aan de basis van kennisverwerving staan, beperken zij ook onze kijk op de wereld. Vooroordelen zorgen ervoor dat wij niet meer onbevangen ten opzichte van de werkelijkheid staan waardoor onze omgang met de sociale wereld waarin wij opereren beperkt wordt. “This is the fundamental epistemic dilemma that Gadamer addresses. While we are dependent upon our knowledge, experience, insights, values, and solutions, to find our way in the world, these, at the same time, prevent us from grasping the full spectrum of knowledge, experiences, insights, values and solutions that is available in the community of man” (Wagenaar en Cook, 2005: p. 10). Gadamer maakt in dit verband dan ook onder-

scheid tussen positieve en negatieve vooroordelen. De eerste categorie bevat een prikkel voor nieuwsgierigheid en maakt begripsvorming mogelijk, terwijl negatieve vooroordelen een vrije omgang met de wereld juist verhinderen.

In mijn interviews met rechters is het tweeledige karakter van vooroordelen veelvuldig aan de orde geweest. De noodzaak om onbevangen in een zaak te staan en de noodzaak om vooroordelen te hebben, vereist een evenwichtskunst van rechters die zich in het hart van hun professionaliteit manifesteert. Om dit te illustreren laat ik de zojuist opgevoerde rechter in de rechtbank Kleinstad weer aan het woord: *“De tweede vraag was of je dat niet in je zicht [op de zaak] belemmert. Ik denk dat dat nou de professionaliteit van rechter is dat zijn vooringenomenheid zo dun is dat je die kan inwisselen voor een betere vooringenomenheid. En dat is weer een nieuwe vooringenomenheid totdat je je handtekening onder het eindvonnis zet, en dan sluit je het proces af.”*

De vooringenomenheid staat in een dialectische verhouding tot een onbevooroordeelde kijk op de zaak. Rechters hebben in iedere zaak met dit spanningsveld te maken. Om in dit spanningsveld te opereren hebben rechters een houding ontwikkeld waarin zij open te staan voor nieuwe informatie in een dossier of voor een nieuwe interpretatie van een zaak. Zoals een rechter in de rechtbank Middelstad zei: *“En dat heb ik met comparities. Dat heb ik me ook wel moeten aanleren hoor om niet al een oordeel klaar te hebben.”*

4.4.2 Het recht als systeem van betekenisverlening

Taaluitingen spelen in het recht een centrale rol; processtukken, proceshandelingen, wetteksten en rechterlijke beslissingen zijn in taal opgesteld. Het recht is aan taal gebonden (Scholten, 1942/1949: p. 445). Het grootste deel van het werk van rechters is er dan ook op gericht deze taaluitingen te duiden en te interpreteren. Wat staat er in de dagvaarding? Wat bedoelt gedaagde met zijn opmerking tijdens de comparitie? Hoe moet ik het deskundigenrapport begrijpen? Ook het actuele begrip van het recht in concrete casussen komt tot stand via de uitleg van een (wets)tekst. Met behulp van zijn taalbeheersing kan een rechter de verbinding tussen de algemeen opgestelde tekst en de concrete casus tot stand brengen. Voor de interpretatie van teksten, de kernactiviteit van rechters, moet degene tot wie de tekst gericht is dezelfde taal beheersen als degene die de tekst heeft opgesteld. Via de taal komt de verbinding tot stand. *“Die gemeinsame Basis, die den Text mit dem Interpreten verbindet und diesem den Zugang zu dem gestattet, was der Text sagt, ist [...] die Sprache und darüber hinaus der Überlieferungs-zusammenhang, in dem beide stehen”* (Larenz en Canaris, 1995: p. 30).

Taal vervult een bemiddelende rol bij het vormen van betekenissen en vormt het midden waarin het ik en de wereld aan elkaar treffen (Prins, 1999: p. 295).⁵⁴ Door een casus onder woorden te brengen, krijgt deze betekenis voor zowel de rechter als zijn omgeving. “To understand is to put something in words or, to put it more prudently, to couch understanding in a potentially linguistic element” (Grondin, 2002: p. 41). In de verwoording wordt een unieke situatie geplaatst in een groter linguïstische verband waardoor het individu deze in perspectief kan plaatsen en betekenis kan geven. “Het gesproken woord is uitdrukking, beschrijving, oproep tot handelen en het spreken zelf is in den gemeenschap met den ander gelijk die gemeenschap in het wezen van het recht is. Die gemeenschap wordt niet gezocht maar zij is er. Taaldenken is als rechtsdenken gemeenschapsdenken” (Scholten, 1942/1949: p. 446). Bovendien biedt taal een kader voor de overdracht van betekenissen in een concrete situatie. Het gemeenschap-pelijke referentiekader van de taal maakt het mogelijk om een betekenis in eigen woorden uit te drukken en tegelijkertijd te refereren aan betekenissen waarmee de anderen bekend zijn. “Thus language has dual aspects: it is our mean for self-expression, [...]; yet at the same time it is what we have in common with other members” (Pitkin, 1972: p. 3).

Omdat taal ten grondslag ligt aan de betekenisverlening, en daarmee het fundament is onder onze deelname aan het sociale leven, vallen verwoording en betekenisverlening in één moment samen. Tussen de betekenis en de uitdrukking daarvan in een taaluiting kan geen principieel onderscheid worden gemaakt (Taylor, 1977: p. 102). Onze taalbeheersing geeft dan ook in belangrijke mate vorm en inhoud aan onze *Vorverständnis*. “Omdat de overdracht van een juridisch oordeel op die overeenkomstige feiten noodzakelijkerwijze door middel van de taal geschiedt en omdat het ordeningsmodel waarbinnen het juridisch oordeel functioneert, door de finaliteit van dat model bepaald linguïstisch articuleerbaar moet zijn (opdat in dat model de meest divergente beweringen en uitspraken gedaan kunnen worden), vervult de taal een functie in het *Vorverständnis*. Zij heeft een bemiddelende rol” (Jaspers en Vranken, 1974: p. 453). Het gaat hierbij niet alleen om de kennis van de (semantische) betekenissen van taal, maar ook hoe deze taal moet worden gebruikt in alledaagse, concrete situaties. Ook taalgebruik is uiteindelijk een handelingspraktijk.

Wat voor taal in algemene zin geldt, geldt evengoed voor de vaktaal waarin juristen spreken (Esser, 1970: p. 10). Het recht, het juridisch discours, is niet alleen het normatieve kader dat rechters gebruiken om tot een oordeel te komen, maar een deel van de taal waarin rechters spreken, denken en handelen. Rechter Henderson beschouwt het burgerlijk recht als een soort gezond verstand. “*Verbintenissenrecht is over het algemeen in z’n simpelste vorm voor ons [=rechters] zo vanzelfsprekend dat wij eigenlijk niet meer bij het begin beginnen met onze*

54 Of in de woorden van De Montaigne: “La parole est moitié à celuy qui parle, moitié à celuy qui l’escoute.” [Het woord is voor de helft van de spreker en voor de helft van de luisteraar (1580/2006: p. 47)]

gedachten. [...] Maar in je eigen gedachten is dat zo'n basis, zo vanzelfsprekend, dat ik denk dat dat de reden is dat ik de wettelijke bepalingen niet uitdrukkelijk noem." Dit citaat illustreert dat het recht een primair onderdeel is van het denken van rechter. Het recht en het juridische begrippenkader zijn meer dan het instrumentarium dat de rechter naar believen aanwendt om rechtsvragen op te lossen of een verzameling concrete oplossingen welke de rechter kunnen inspireren (Van Gerven, 1973: p. 100). Het juridisch kader bepaalt de kijk van rechters op de casus; rechters kijken vanuit het recht naar de wereld waardoor kennisname van een casus en het juridisch gekwalificeerde begrip daarvan samenvallen. "In mastering a language, we take on to culture; our native language becomes a part of ourselves, of the very structure of the self" (Pitkin, 1972: p. 3). Omdat het recht een essentieel deel uitmaakt van het repertoire van een rechter, zijn achtergrondkennis, treedt spontaan – een juridisch gekleurd – begrip op.

4.4.3 Geactualiseerd begrip

Geactualiseerd begrip komt tot stand in de verbinding van het algemene en het concrete, zo zagen wij hierboven. Het herkennen van de actuele situatie en de activering van het repertoire vallen in één moment samen. In de casus 'Lening op naam' kijkt de rechter vanuit haar repertoire naar het feitencomplex en het feitencomplex geeft een impuls aan de activering van haar repertoire. Om de casus als zodanig te kunnen herkennen, moet een rechter kennis hebben van algemene rechtsbegrippen (het recht, de verschillende van toepassing zijnde leerstukken en artikelen, de maatschappelijke context waarin het recht een rol speelt, et cetera), maar slechts door het herkennen van algemene rechtsbegrippen in deze concrete zaak wordt algemeenheid in het leven geroepen. In de concrete situatie constitueert zich de algemeenheid (Van Tongeren, 1990: p. 151). De concrete casus en de algemene regels staan in een wederkerige, dynamische verhouding tot elkaar en uit deze dialectiek groeit het begrip van de onderhavige casus. In dit proces houdt de rechter voortdurend de oplossing van het geschil voor ogen; het oplossend vermogen van de regels zijn medebepalend voor het begrip dat zij opleveren. Het nieuwe en het toekomstige worden in verbinding gebracht met het bestaande en de traditie; het historisch ontwikkelde perspectief en het perspectief van de actor op de concrete situatie vermengen zich. De horizon van de actor wordt verbreed met een nieuw inzicht (Taylor, 2002: p. 133).

Betekenisvorming lijkt dus een circulair proces te zijn: ieder begrip veronderstelt een reeds bestaand begrip. Dit voorbegrip is nooit definitief en gesloten en wordt doorlopend beïnvloed door nieuwe ervaringen. Dit is wat met de hermeneutische cirkel wordt bedoeld: met behulp van onze levenservaring duiden we concrete ervaringen, terwijl deze ervaringen op hun beurt weer inhoud geven aan de levenservaring (Smith, 1998: p. 62). Begrips- en betekenisvorming hebben de structuur van een oneindige dialoog, een vraag-en-antwoordspel tussen het historisch gevormde begrip en het begrip van de actuele situatie. Door het circulaire of beter gezegd spiraalvormige karakter van begripsvorming vervloeit de actor met de voorhanden

situatie. In dit proces kan niet goed onderscheiden worden wat de begrijpende actor inbrengt en wat eigen is aan de situatie waarop de kennisverwerving is gericht (Vranken, 1978: p. 96). Dit betekent dat begrip van een situatie nooit volledig, finaal of alomvattend kan zijn omdat de *verstehende* actor niet buiten zichzelf en de situatie waarin hij verkeert kan treden. De kennis die het *Verstehen* oplevert is dus naar zijn aard persoonlijk, provisioneel en beperkt. “We are always within the situation, and to throw light on it is a task that is never entirely completed” (Dunne, 1993: p. 119).

Om aan actueel begrip van een casus inhoud te geven, moet de hermeneutische cirkel doorbroken worden. De rechter heeft immers de opgave het geschil tussen partijen te beslechten en hiervoor is een uitgekristalliseerd beeld van de casus vereist. De oneindige wederkerige betrekking tussen de concrete actualiteit en de historisch bepaalde algemeenheid levert op zichzelf geen begrip op. Dit spiraalvormige proces heeft betrekking op de groei van inzicht, de ontwikkeling van betekenis en begrip, maar omvat niet het geactualiseerde begrip zelf. “[Es geht] nicht um die kulturhistorische Äußerung von Schöpfungen in einem historische Bewusstsein, sondern um die Positivierung eines Ordnungsinstruments für aktuelle Aufgaben” (Esser, 1970: p. 121). Dit proces zien wij ook in de casus ‘Lening op naam’. Rechter Henderson geeft een beschrijving van algemene rechtsbegrippen en rechtsvindingsbeginselen die zij op de casus betreft en *vice versa*. Uit deze wederkerige betrekking ontstaat echter geen begrip van de casus. Om dit actuele begrip tot stand te brengen is een daad van de *verstehende* actor vereist, of in het geval van rechtspraak, een beslissing. Met behulp van deze daad wordt het perspectief op het concrete geval verbonden met het historisch ontwikkelde perspectief van de actor.

Deze daad ligt besloten in de synthese van deze perspectieven, door Gadamer (1960/1990: p. 311) *Horizontverschmelzung* genoemd. Deze samenvoeging geschiedt niet automatisch maar moet door de *verstehende* actor zijn gewild. De historische, begripsvormende horizon en de horizon van de concrete situatie versmelten met elkaar waardoor een nieuwe, hogere begripseenheid ontstaat die beide horizonnen omvat (Vranken, 1978: p. 108). Daarnaast wordt bij dit proces van betekenisverlening nog de actuele handelingssituatie betrokken. Wat draagt een gevonden regel of leerstuk bij aan de oplossing van de zaak waarover de rechter een oordeel moet uitspreken? Helpt deze interpretatie van de regel het begrip en de oplossing van de casus te vergroten?⁵⁵ Voor het tot stand brengen van dit begripsniveau is een toepassingshandeling, een daad, een *applicatio* nodig. De parallel met Scholtens ‘sprong’ dringt zich hier op. In deze daad komen de cognitieve, de praktische en de linguïstische aspecten van de betekenisvorming samen (Grondin, 2002: p. 42).

55 Zie ook Esser (1970: p. 139).

De beslissing in de casus 'Lening op naam' stolt als een vonnis in een algemeen jurisprudentieel kader en juridisch discours. Betekenisverlening vereist derhalve een toepassing welke deel uitmaakt van een bredere handelingscontext. Mensen geven de wereld om hen heen betekenis omdat zij handelen in die wereld. Betekenissen kunnen niet worden losgezien van hun gebruik in een actuele situatie. Zo is een fietser gericht op het duiden van verschijnselen in het verkeer om te voorkomen dat hij bij een ongeluk betrokken raakt; een rechter is gericht op betekenissen in de werkelijkheid met het oog op het nemen van een juridisch juiste en maatschappelijk acceptabele beslissing. Geactualiseerd begrip is uiteindelijk gericht op toepassing; deze toepassingshandeling is zowel teleologisch als historisch bepaald.

De toepassingshandeling in de vorm van een horizonsversmelting maakt dat geactualiseerd begrip nooit een subsumptie van de concrete situatie onder de algemene, historisch gegroeide ervaring en kennis van de actor kan zijn. In het *Verstehen* moeten zowel het algemene als het concrete tot hun recht komen, hetgeen, zoals ik hierboven toelichtte, een daad vereist.⁵⁶ Dit houdt voor de rechtspraak in dat wet- en regelgeving altijd een toepassende uitleg nodig hebben omdat deze geen vanzelfsprekende betekenis hebben. Hierbij gaat de rechter teleologisch te werk. Voortdurend worden mogelijke interpretaties in het perspectief van de bruikbaarheid voor het concrete oordeel geplaatst. "[Der Jurist] will nichts anderes, als den Text daraufhin verstehen, ob er anhand seiner ratio seine „befriedigende“ Entscheidung fällen kann oder nicht. In diesem Sinne ist der Anwendungsakte von der Verständnismöglichkeit abhängig und die Verständnismöglichkeit von der Anwendungsvorstellung" (Esser, 1970: p. 139).⁵⁷ De kloof tussen de concrete situatie en algemene regels is niet contingent, maar het gevolg van een intrinsiek verschil tussen beide (Van Tongeren, 1990: p. 150). "Das Gesetz ist immer mangelhaft, nicht weil es selber mangelhaft ist, sondern weil gegenüber der Ordnung, die die Gesetze meinen, die menschliche Wirklichkeit notwendig mangelhaft bleibt und daher keine einfache Anwendung derselben erlaubt" (Gadamer, 1960/1990: p. 324). Van een mechanische wetstoepassing via een normatief syllogisme kan derhalve nooit sprake zijn. Omdat recht en rechtspraak een open systeem vormen, zal de rechter steeds opnieuw een horizonsversmelting tot stand moeten brengen, waarvan de concrete beslissing het resultaat is. Deze daad is essentieel voor processen van betekenisverlening.⁵⁸

56 Dat deze daad soms een "fysiek" karakter heeft, zag ik bij een rio in de rechtbank Middelstad die drie keer op het punt stond een reeds uitgeprint vonnis te ondertekenen. De eerste twee keer was zij echter niet voldoende overtuigd van een passage over de proceskostenveroordeling. De passage heeft zij vervolgens tot twee keer toe gewijzigd. Pas de derde keer ondertekende zij het stuk. Door de ondertekening en toezending aan partijen was het oordeel onherroepelijk geworden, kreeg het feitelijk effect. Hiermee was de wilsdaad voltrokken.

57 De cursivering is van Esser zelf.

58 Zie in dit opzicht ook Esser (1970: p. 32) die nog dieper ingaat op het handelingskarakter: "Objekt der Rechtserkenntnis auf der Normseite ist also nicht ein sich gesellschaftlich-historisch selbst formulierendes faktisch Produkt, die angeblich konkrete Ordnung, sondern die vorgezeichnete und im Urteilsakt jeweils neu aktualisierte Ordnungsabsicht, das ‚Seinsollen‘. Die Konflikte ‚regeln sich‘ nicht selbst in historischen Vorgän-

4.5 Analyse casus ‘Lening op naam’

In deze paragraaf zal ik de casus ‘Lening op naam’ analyseren aan de hand van de hierboven uitgewerkte theoretische notities.

Ontwikkeling van het conflict tot een juridisch geschil

De aanleiding voor het geschil is dat partij A geld geleend heeft van partij B die dat geld niet kan of wil terugbetalen. Partij A wil het geleende geld terug en stelt hiertoe een vordering in. Deze rudimentaire, kale weergave is in zijn kern de aanleiding voor de procedure. In de reconstructie van rechter Henderson zien wij hoe deze oercasus geleidelijk uitgroeit tot een juridisch geschil door de toevoeging van drie dimensies: de aard van de geldlening, de hoedanigheid van de geldlener en het faillissement van de vennootschap. Ik zal aan deze drie dimensies kort aandacht besteden.

Het gaat in deze casus om een geldlening tussen twee kunststoffabrieken, die in het kader van schuldsanering van partij B gesloten is. Kunststoffabriek B had een grote schuld uitstaan bij kunststoffabriek A. Voor de aflossing van deze schuld hebben de kunststoffabrieken een aflossingsconstructie bedacht. Kunststoffabriek A leende een bedrag van € 50.000 aan kunststoffabriek B die met dat bedrag een deel van de openstaande schuld kon aflossen. Kunststoffabriek B zou vervolgens het geleende bedrag in termijnen terugbetalen. Aan deze lening ligt een overeenkomst ten grondslag. Henderson geeft niet aan waarom partijen voor deze financieringsconstructie hebben gekozen.

Het faillissement van de vennootschap die de kunststoffabriek drijft is de tweede juridische dimensie. Door het faillissement van vennootschap B komt kunststoffabriek A in een positie waarin zij de openstaande schuld niet meer kan terugvorderen. Zonder dit faillissement zou het geschil nooit gerezen zijn, omdat een solvante kunststoffabriek B in de regel in staat geweest zou zijn haar schulden af te lossen of daartoe in rechte veroordeeld had kunnen worden. Dit faillissement is dan ook een belangrijk keerpunt in de casus. Inzicht in het faillissementsrecht en de gevolgen daarvan voor betrokken partijen is cruciaal voor het begrip van deze casus. Het is opvallend dat Henderson nauwelijks ingaat op het faillissement van de vennootschap en de consequenties daarvan voor de casus. Deze kennis en het begrip van de (juridische) implicaties van het faillissement, lijken vanzelfsprekend te zijn.

gen, sondern sie sind zu regeln durch ein Handeln und Entscheiden, welches normative Maßstäbe in der Ebene gedanklicher Zielvorstellungen und Wertungen voraussetzt.“

De derde dimensie betreft de juridische hoedanigheid waarin de directeur de overeenkomst met kunststoffabriek is aangegaan. Heeft hij als privé-persoon getekend? Of heeft hij als directeur van de vennootschap getekend, waarmee hij de vennootschap gebonden heeft? Deze dimensie krijgt pas relevantie na het faillissement van de vennootschap. Omdat de vennootschap na haar faillissement niet langer solvabel is, probeert kunststoffabriek A het geleende bedrag bij directeur enig aandeelhouder terug te vorderen. Dit onderscheid tussen de vennootschap en de directeur had voor het faillissement nauwelijks praktische betekenis. Het faillissement van de vennootschap heeft deze vraag in een ander daglicht geplaatst. Is de failliete vennootschap of de potentieel solvabele directeur-groootaandeelhouder degene met wie het contract is gesloten?

De beoordeling van de zaak concentreert zich op het laatste aspect. De geldlening en het faillissement staan niet ter discussie in de procedure. Centraal staat de vraag in welke hoedanigheid de directeur de overeenkomst heeft getekend. De behandeling van de zaak richt zich op de vraag hoe de inhoud van het contract tussen partijen op dit punt moet worden uitgelegd. Hoe moet de situatie waarin partijen zich bevinden worden geduid? Deze vraag regardeert zowel partijen, die hierover geen overstemming hebben kunnen bereiken, en de rechter, die in zich in deze zaak hierover moet uitspreken. Wat is bij de beoordeling van dit contract doorslaggevend? Het gegeven dat het geld feitelijk bij de vennootschap terecht gekomen is en dat de naam van meneer, directeur van de vennootschap boven het contract staat? Of het gegeven dat in het contract staat dat het geld geleend wordt aan meneer zelf?

Ius in causa positum

De rechter moet inzicht hebben in genoemde juridische dimensies. De vraag in welke hoedanigheid de directeur van de vennootschap de leningsovereenkomst heeft getekend, krijgt pas betekenis in relatie tot het faillissement van die vennootschap. Kennis van het faillissementsrecht is een voorwaarde om deze betekenis te kunnen doorgronden. Pas in deze combinatie wordt begrijpelijk waarom eiseres de ondertekening van de overeenkomst in rechte aan de orde stelt. Dit inzicht gaat pas leven tegen een achtergrond van faillissementen, het insolventierecht en het handelsverkeer. Omdat deze kennis deel uitmaakt van het repertoire van rechter Henderson, doorziet zij dit belang tegelijkertijd met de constatering dat de vennootschap failliet is gegaan. De regels over het faillissementsrecht zijn dan ook geen handelingspostulaat, maar bieden een structuur die begrip van de casus mogelijk maakt.

De casus 'Lening op naam' laat goed zien hoe in de casus op subtiële wijze verbindingen worden gelegd met algemene rechtsbegrippen. Henderson spreekt over "kopen", "vennootschap", "eigen vennootschap", "enig aandeelhouder", "directeuren van vennootschappen", "privé", "borg", "schuld", "lenen", "terugbetalen", "afboeken op de korte schulden", "in termijnen terugbetalen",

“failliet”, “openstaande schuld”, “geld aan die meneer privé geleend”, “geld aan de vennootschap geleend”, “contract”, “meneer directeur van de vennootschap”, “bewijzen” en “nader bewijs”. Al deze begrippen hebben een specifieke betekenis die nadere vorm en inhoud heeft gekregen in een achterliggend discours. Uit het gebruik van deze juridische terminologie in de beschrijving van deze casus wordt de verbinding tussen het concrete en het algemene tot uitdrukking gebracht. *Ius in causa positum* zien wij letterlijk terugkomen in presentatie van de casus ‘Lening op naam’. De rechter vervaecht de rechtsregels met de feiten in haar weergave van de casus. Het recht is onlosmakelijk verbonden met het concrete geval en deze verwevenheid manifesteert zich in de keuze van het gebruik van de geselecteerde juridische terminologie om deze casus onder woorden te brengen.

Stilzwijgende achtergrondkennis

Het recht biedt bovenal een kader voor primaire betekenisverlening aan de casus. Deze regels, of nog iets ruimer het juridisch discours, stellen de rechter in staat om betekenissen te geven aan de casus waarover zij moet oordelen. Deze begrippen zijn voor Henderson gevulde begrippen. Dit wil zeggen dat zij niet alleen de regel zelf kent, maar ook de wijze waarop deze moet worden toegepast in deze concrete casus. Hiervan geeft zij blijk door te verwijzen naar een praktijk waarin directeuren van vennootschappen zich in privé borg moeten stellen voor leningen van banken. Deze opmerking lijkt op zichzelf te staan. De vennootschap is immers geen lening met een bank aangegaan en uit de casus blijkt niet dat de directeur zichzelf als privépersoon borg heeft gesteld. Pas aan het einde van de casus wordt het belang van deze opmerking duidelijk. Voor de uitleg van de overeenkomst is van belang wat de directeur van de vennootschap had mogen verwachten toen hij tekende. Zij lijkt in deze casus een analogie met leningen van banken aan particulieren van toepassing te suggereren. Deze praktijk biedt Henderson houvast bij het vinden van haar oordeel.

Rechter Henderson voert een aantal andere vuistregels op. “*En dat speelt dan ook een rol bij de positie van zo iemand*”, “*Hoe beter iemand is opgeleid, hoe beter hij overziet wat ie tekent*”, “*Iemand die zaken doet, die dagelijks zaken doet, begrijpt dat ook beter*” en “*Daar kun je dan ook van verwachten dat hij beter leest dan iemand om de hoek die een tweedehands auto koopt.*” Deze vuistregels geven fundamentele beginselen van het contractenrecht weer. In de wetgeving en jurisprudentie zijn deze beginselen gecodificeerd. Ook deze vuistregels en jurisprudentie refereren aan een achterliggende praktijk welke afhankelijk is van een begrip van de bredere maatschappelijke context. De vuistregels krijgen betekenis in samenhang met deze praktijk. Door jarenlange ervaring in de rechtspraktijk zijn vuistregels onderdeel geworden van Hendersons repertoire. Dit repertoire bestaat voor een groot deel uit stilzwijgende kennis. Dit geldt ook voor Hendersons kennis over de fundamentele beginselen in het contractenrecht.

De vuistregels zijn slechts het topje van de ijsberg; Henderson kan de praktijk die achter de vuistregels schuil gaat niet in zijn totaliteit expliciteren, maar zij weet wel in het concrete geval hoe zij het recht moet toepassen. In de zesde alinea zegt Henderson, nadat zij naar een algemeen geformuleerde vuistregel heeft verwezen: *“Dat komt dan niet uitdrukkelijk in het vonnis tot uiting, maar ik denk wel dat het iets is dat een rol speelt.”* Aan het eind van dezelfde alinea zegt ze: *“Dus dat soort aspecten spelen een rol.”* In deze passages refereert zij niet aan de vuistregels zelf, maar aan de praktijk, het discours en de jurisprudentie die achter de door haar gebruikte vuistregels schuil gaan. Dit decor van stilzwijgende kennis, deze handelingspraktijk, kan door zijn onbepaalde karakter niet uitputtend onder woorden worden gebracht. Deze achtergrondkennis speelt echter wel een cruciale rol bij het proces van oordeelsvorming, maar kan door haar niet-propositionele aard geen directe rol spelen in de motivering van het vonnis.

De directe relatie tussen juridische en stilzwijgende kennis blijkt ook uit de volgende passage: *“En dat is op zich wel een juridisch geschil, maar het is ook een soort gezond verstand.”* Gezond verstand is een vorm van alledaagse, praktische kennis, die in de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming een belangrijke rol speelt. Voor de beoordeling van het juridisch geschil maakt de rechter niet alleen gebruik van haar juridische kennis maar ook van *“een soort gezond verstand.”* Deze laatste kennisvorm is een vorm van stilzwijgende achtergrondkennis, de kennis die wordt gebruikt om beslissingen in een concrete casus te nemen.

Rechters refereren zelden aan de toepassing van het recht

In de door mij verzamelde casussen wordt door rechters nauwelijks over toepassings- of interpretatieproblemen gesproken. Rechtsvragen, de wijze waarop het recht moet worden toegepast, komen in de meeste casussen die eerstelijnsrechters behandelen nauwelijks expliciet aan de orde. Het merendeel van de tijd en aandacht wordt besteed aan de feitenvaststelling en de bewijslevering. Wat is er feitelijk voorgevallen? Wat moet nog worden bewezen? Welke feiten zijn duidelijk en welke onduidelijk? Rechtsvragen spelen een zeer beperkte rol. Rechters lijken min of meer een spontaan begrip van (de toepassing van) het recht te hebben. Dit geldt ook voor rechter Henderson. De rechtsbegrippen en andere juridische kwalificaties worden tamelijk rimpelloos in de casus gevoegd en lijken een haast vanzelfsprekende betekenis te hebben. Aan deze vanzelfsprekendheid wil ik hieronder kort aandacht besteden.

Begrip en het onder woorden brengen van een casus vallen in één moment samen (Grondin, 2002: p. 43). Het recht biedt een vocabulaire, een betekenisstelsel, om de casus ‘Lening op naam’ te duiden. In het gebruik van juridische terminologie concretiseert zich de toepassing van het recht. In de rechtsbegrippen en leerstukken die in deze casus worden gebruikt (faillissement, onderscheid tussen directeur als vertegenwoordiger van de vennootschap en als privépersoon en de uitleg van overeenkomsten) wordt dit begrip geconcretiseerd.

Door scholing en jarenlange ervaring in de rechtspraak is het juridische vocabulaire een onderdeel geworden van de *Vorverständnis* van Henderson en haar collega's. Het verbintenisrecht, vertelde Henderson, is in zijn eenvoudigste vorm een soort gezond verstand. In de woord- en begrippenkeuze ligt de toepassing van het geactualiseerde recht besloten.

Actuele regels hebben een dialogisch karakter

Om een beslissing te kunnen nemen, is het niet noodzakelijk dat een rechter volledig begrip van de casus heeft. Door het litigieuze, contradictoire karakter blijft een deel van het feitelijk verloop onduidelijk en daarmee het toepassingsbereik van het recht onzeker. Toch moet Henderson een beslissing nemen in de casus 'Lening op naam'. In dit geval heeft Henderson doodeenvoudig op basis van die tekst van die overeenkomst beslist. *"Het zag er naar uit dat die man zich in privé verbonden had en dat hij zelf op basis van dat stuk eigenlijk niet anders heeft mogen verwachten. Er waren wel argumenten voor zijn visie, maar die waren onvoldoende. Dat betekent dus dat meneer dat geld moet terugbetalen."* Dus omdat het er op lijkt dat gedaagde zich in privé verbonden heeft en hoewel er argumenten voor zijn visie waren, heeft Henderson toch besloten de vordering toe te wijzen.

Deze opmerking van Henderson illustreert dat rechtsregels en rechterlijke beslissingen een dialogische structuur hebben. Een rechter moet een keuze maken tussen argumenten voor en tegen een toewijzing van de vordering. Recht en rechtspraak vormen een argumentatieve praktijk. Argumenten in het juridisch discours hebben geen absoluut karakter, maar staan in een relatief verband tot elkaar. Voor beide argumenten is wat te zeggen, maar uiteindelijk kent Henderson het meeste gewicht toe aan de argumenten van eiseres. Tussen de weging van de argumentatie en de uiteindelijke beslissing zit een sprong die niet kan worden geëxpliciteerd in termen van een sluitende redenering. De criteria voor *"verwachtingen of hij zich in casu al dan niet in privé zou verbinden"* en *"voldoende argumentatie voor zijn visie"* rijzen gedurende het besluitvormingsproces uit de wederkerige confrontatie tussen de (achtergrond)kennis van Henderson en de casus.

HOOFDSTUK 5

De feiten

‘Le droit est la plus puissante des écoles de l’imagination. Jamais poète n’a interprété la nature aussi librement qu’un juriste la réalité.’ – J. Giraudoux⁵⁹

5.1 Inleiding

Achter het juridische geschil dat aan de rechter wordt voorgelegd, schuilt een materieel conflict tussen partijen. De oorsprong van het recht ligt in deze materiële, feitelijke wereld (Van Schilfgaarde, 2000a: p. 228). Rechters besteden een groot deel van hun tijd aan het leggen van een verbinding tussen dit gebeuren in de feitelijke wereld en de uiteindelijke beslissing. Welke feiten zijn van belang voor de beslissing? Is bewijs geleverd? Hoe moet een bepaald bewijsstuk worden gewaardeerd? Is een feit voldoende betwist? Op welke procespartij rust de bewijslast? Vaak is een verschillende lezing over het feitelijke verloop de aanleiding van het (juridische) geschil tussen partijen die tussenkomst van de rechter vereist.

De artikelen 149 en 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering⁶⁰ bevatten – verkort weergegeven – de volgende hoofdregels over de selectie van de feiten:

1. de rechter mag door partijen aangedragen feiten niet aanvullen;
2. onvoldoende betwiste feiten moeten als vaststaand beschouwd worden;
3. feiten van algemene bekendheid behoeven geen bewijs; en

⁵⁹ “Het recht is de machtigste school der fantasie. Nooit heeft een dichter de natuur zo vrij geïnterpreteerd als een jurist de feiten” (Giraudoux, 1935/1982).

⁶⁰ Artikel 149, lid 1 Rv: Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan. Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.

Artikel 149, lid 2 Rv: Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid, alsmede algemene ervaringsregels mogen door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd, ongeacht of zij zijn gesteld, en behoeven geen bewijs.

Artikel 150 Rv: De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid of billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

4. wie stelt die bewijst, tenzij op grond van de wet of de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast geldt.

Op basis van deze procesrechtelijke regels zou het vaststellen van de feiten niet problematisch moeten zijn. Het in de eerste regel geformuleerde uitgangspunt is dat de rechter in dit proces een lijdelijke rol heeft. De procespartijen dragen de feiten aan en de rechter bepaalt aan de hand van de bewijsregels welke feiten wel en welke niet aan de beslissing ten grondslag komen te liggen. De beoordeling van het aangedragen feitenmateriaal is eenvoudig beschouwd niet veel meer dan een vergelijking tussen de stellingen van partijen en het aangevoerde bewijs. De rechter moet eerst nagaan of de feiten die de ene partij heeft gesteld door de wederpartij voldoende zijn betwist. De feiten die niet voldoende betwist zijn, kunnen als vaststaand beschouwd worden. Vervolgens beoordeelt de rechter aan de hand van de vierde regel of de gestelde feiten bewezen zijn. In ons recht geldt als hoofdbeginsel dat de rechter vrij is in de waardering van het bewijs (Hugenholtz/Heemskerk, 1998: p. 150). De wet schrijft de rechter dus niet voor hoe hij het bewijs moet waarderen of interpreteren.

De rechter moet uiteindelijk zijn beslissing baseren op het complex van feiten van algemene bekendheid, onbetwiste feiten en bewezen feiten. Dit afgebakende feitencomplex is de bodem onder zijn beslissing. Dit feitencomplex krijgt echter pas heuristische waarde als de individuele feiten worden gewaardeerd en in een groter verband worden geplaatst. In de waardering krijgt het feitencomplex relevantie, vorm en betekenis. Criteria die hierbij een rol kunnen spelen zijn onder andere geloofwaardigheid, consistentie en coherentie (Snijders, Ynzonides en Meijer, 1993: p. 188-9). In de literatuur worden het verzamelen en het waarderen van het gevonden feitenmateriaal vaak als twee afzonderlijk fases beschouwd. De feiten worden eerst verzameld, vastgesteld of geselecteerd (Westenberg, 2006: p. 32; Henket, 1994: p. 61; Smith, 1998: p. 133) en vervolgens ingekleurd. De feiten zijn als het ware bouwstenen die een rechter gebruikt om een oordeel te construeren. Voordat tot de constructie van het oordeel kan worden overgegaan, moet het benodigde bouw materiaal verzameld worden. Het is algemeen geaccepteerd dat beide fases elkaar over en weer beïnvloeden, van elkaar afhankelijk zijn en door elkaar lopen (Smith, 1998: p. 133).

Het feitelijke vormt een van het recht afgescheiden, hoewel niet altijd goed te onderscheiden, domein (Duk, 1999: p. 55). “De feiten, het materiaal waarmee de rechter moet werken, liggen niet binnen het juridische domein! Zij liggen per definitie daarbuiten, in de feitelijke wereld” (Van Schilfgaarde, 2000b: p. 246). Over deze feitelijke wereld heeft een rechter geen autonomie, geen eigenstandige beslissingsbevoegdheid. Partijen verschaffen de rechter via stellingen en bewijs toegang daartoe, reiken de feiten als het ware aan en bepalen wat de rechter te zien krijgt van die feitelijke wereld, zo schrijft het procesrecht voor. Dit betekent dat de rechter voor zijn beslissing gebonden is aan het feitencomplex en dus nooit *contra factum* zou mogen beslissen (Henket, 1994: p. 61). Uiteraard zijn er allerlei factoren die het vaststellen

en waarden van de feiten verstoren; weigerachtige geheugens, tegengestelde lezingen, dubbelzinnige teksten, zoekgeraakte documenten en manipulatieve procespartijen. Deze imperfecties nemen echter niet weg dat er in de dominante opvatting een feitelijke wereld is die kan worden *vastgesteld*. Veel van de tijd, aandacht en energie in een civiele procedure wordt dan ook besteed aan de *reconstructie* van het feitelijk gebeuren.

Niet het gehele feitelijke gebeuren, niet alles dat zich heeft afgespeeld tussen procespartijen, is relevant voor de ondersteuning van het oordeel. In de rechtspraak wordt de werkelijkheid gereduceerd en uiteindelijk wordt slechts een selectie van het feitelijk gebeuren betrokken bij de oordeelsvorming (Leijten, 1991: p. 6). Doorgaans wordt onderscheid gemaakt tussen feiten, rechtsfeiten en rechtsfeiten die de vordering rechtstreeks steunen (Thion, 2006: p. 99). Dit selectieproces wordt gestart door de eiser die het initiatief tot een procedure neemt. Met zijn versie van het ervaren onrecht stapt hij naar een advocaat. Zijn relaas levert de feiten op die in de dagvaarding behoren te komen (Westenberg, 2006: p. 32). De dagvaarding en de feitenselectie die daarin opgenomen worden zijn een belangrijk keerpunt, omdat via de dagvaarding de feiten de juridische wereld worden ingedreven en tot potentiële rechtsfeiten worden gepromoveerd (Van Schilfgaarde, 2000b: p. 246). Uit de conclusie van antwoord blijkt vervolgens welke feiten niet betwist worden, en de kracht krijgen van rechtsfeit, en welke feiten nog betwist worden. In het laatste geval kan de rechter één van de partijen de opdracht geven nader bewijs te leveren. Mocht het benodigde bewijs alsnog uitblijven, dan kunnen de aangevoerde feiten niet dienen als basis voor het rechterlijk oordeel.

Feitenvaststelling verloopt in de hierboven weergegeven visie via een trechtermodel. Aan dit model ligt de assumptie ten grondslag dat er een werkelijkheid is en dat feiten een afspiegeling zijn van een min of meer vaststaande en kenbare werkelijkheid. Bovendien behoren de feiten en de waardering van die feiten tot verschillende domeinen. Feitenvaststelling kan – of nog sterker gezegd, moet – waarde vrij en objectief geschieden omdat tussen feiten en waarden zich een logische kloof bevindt. Een deel van de hierboven aangehaalde auteurs geeft blijk van deze dualistische opvatting over feiten en normen. Zoals ik reeds in hoofdstuk 1 betoogde, vormt het dualisme de ruggengraat van het Westerse denken waardoor het problematische van deze heersende opvatting, waarop hier hieronder nog zal terugkomen, nauwelijks een issue is voor wetenschappers en praktijkbeoefenaars (Hawkesworth, 1988: p. 2).

De correspondentietheorie waarin feiten als een weergave van een kenbare werkelijkheid worden beschouwd, is ten gronde betwist. Kant, Dewey, Heidegger, Wittgenstein, Gadamer, Putnam, Rorty en andere denkers hebben overtuigend beargumenteerd dat de sociale en fysieke wereld een *a priori* structuur en ordening ontbreken waardoor niet gesproken kan worden over blote – betekenisvolle – feiten (Wittgenstein, 1922/1963: p. 88). Feiten krijgen pas vorm en betekenis in perspectief van een achterliggend, grotendeels stilzwijgend, kader. De

constructie van feiten is dan ook vooral een retorische praktijk waaraan zowel procespartijen als de rechter participeren. In paragraaf 5.3 besteed ik aandacht aan deze kritiek en de alternatieve visie op feiten. Allereerst zal ik de casus ‘Niet-betaalde termijnen’ uitwerken (paragraaf 5.2), die ik in paragraaf 5.4 zal analyseren.

5.2 Niet-betaalde termijnen⁶¹

Johan Mullens is rechterlijk ambtenaar in opleiding in de rechtbank Middelstad en draait sinds kort mee in de sector civiel. Hij breekt zich al een aantal dagen het hoofd over een zaak die hij ‘Niet-betaalde termijnen’ noemt. Eiser in deze zaak is een installatiebedrijf dat het klimaatbeheersingssysteem heeft geplaatst in een groot bouwproject. De gedaagde is de hoofdaannemer van dit bouwproject. Partijen waren overeengekomen dat het installatiebedrijf maandelijks de gemaakte kosten zou factureren bij de hoofdaannemer. Nu is een geschil ontstaan over de laatste twee facturen. De eiser maant gedaagde aan tot betaling, maar gedaagde weigert echter te betalen omdat hij van oordeel is teveel betaald te hebben. De begroting is met meer dan dertig procent overschreden en deze meerkosten zijn volgens de aannemer het gevolg van niet overeengekomen werkzaamheden. Gedaagde beroept zich derhalve op wanprestatie en onverschuldigde betaling en stelt op deze gronden een eis in reconventie in.

Mullens worstelt met deze zaak omdat hij geen duidelijke aanknopingspunten heeft om de vordering toe- of af te wijzen. Geen van de partijen heeft overtuigend bewijsmateriaal overlegd of kunnen onderbouwen of en welke werkzaamheden buitencontractueel zijn uitgevoerd. Partijen stellen veel, maar blijken deze stellingen vervolgens niet te kunnen bewijzen. Het zou voor de beslissing een stuk makkelijker geweest zijn als Mullens de beschikking zou hebben gehad over een uitgesplitste factuur, hetgeen niet het geval is. Daarnaast snapt Mullens ook niet zo goed waarom gedaagde een beroep op wanprestatie en onverschuldigde betaling doet in plaats van verrekening. Dit had in dit geval meer voor de hand gelegen. Partijen procederen in zijn ogen onzuiver en inadequaet waardoor hij niet goed de vinger achter de stellingen van partijen kan krijgen.

Dit gevoel van onzekerheid wordt nog eens versterkt omdat Mullens partijen niet op zitting heeft gezien. De rechter die comparitiezitting heeft gehouden heeft Mullens gevraagd in het kader van zijn opleiding het vonnis te concipiëren. Het is voor Mullens van groot belang of hij de procespartijen zelf heeft kunnen zien en het verhaal achter het juridisch geschil heeft kunnen horen. Hij wil uiteindelijk ook weten wat er feitelijk gebeurd is om een goede beslissing te kunnen nemen. Veel stellingen die in het geding worden gebracht zijn namelijk geformuleerd door de advocaten van partijen. De advocaten weten de stellingen juridisch handig weer te geven maar hebben

61 Raio Mullens heeft in een interview verteld over deze zaak. De namen van betrokkenen en referenties die tot de zaak kunnen herleiden, zijn gefingeerd. Het vonnis in deze zaak is niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

vaak geen exact idee wat zich feitelijk heeft voorgedaan. Bovendien geven de stukken die door de advocaten zijn opgesteld geen antwoord op de vraag waarom partijen zo boos op elkaar zijn. Mullens heeft deze informatie nodig om de posities van partijen kleur te geven en om te kunnen beoordelen of de stellingen aannemelijk zijn. Een comparitie kan deze informatie opleveren.

Bij gebrek aan harde argumenten om de vordering toe- of af te wijzen, kiest Mullens voor een tussenvonnis waarin hij de eiser de opdracht geeft zijn stellingen te bewijzen. In deze bewijsopdracht zal hij aangeven dat het hem om de omvang en niet om de grondslag van de vordering gaat. De eiser wordt in zo'n tussenvonnis in de gelegenheid gesteld om met nader bewijs te komen. Dit tussenvonnis is pragmatisch en doet naar de mening van Mullens het meeste recht aan de zaak. De eiser heeft de vordering weliswaar niet overtuigend onderbouwd, maar hier staat tegenover dat gedaagde de stellingen onvoldoende heeft betwist. Beide partijen hebben een zwak verhaal. Deze situatie maakt het voor Mullens moeilijk om al in dit stadium van het geding een beslissing te nemen. Hopelijk levert de aanvullende bewijsopdracht voldoende informatie op.

Johan Mullens heeft nog overwogen de zaak af te doen op de stelplicht, maar hij was niet zeker of hij hiermee de juiste beslissing zou nemen. De vraag rees of de eiser zijn vordering onhandig geformuleerd heeft of dat hij zijn stellingen gewoon niet kan bewijzen. Als het eerste het geval is, dan voelt het niet goed de vordering zonder meer af te wijzen. Ook vindt Mullens dat hij het niet kan maken de vordering op de stelplicht af te doen. Overduidelijke aanknopingspunten voor deze beslissing ontbreken. Bovendien heeft gedaagde hem hiervoor geen handvatten aangereikt. Gedaagde vertelt gewoon een 'slap verhaal'. Met een bewijsopdracht stelt hij de eiser in de gelegenheid duidelijkheid te verschaffen. Bovendien zou een direct eindvonnis zijn uitgemond in juridische 'fijnslijperij' met verschillende mogelijke oplossingen. Dit zou de problemen van partijen en hemzelf niet hebben opgelost.

Mullens geeft aan dat het bevredigend is als hij een zaak kan afdoen op een mooi juridisch argument. "De verjaring wordt gestuit of één van de partijen doet ten onrechte beroep op een bepaald artikel. Of dat je iets kan Haviltexen⁶² zodat je gewoon de sacrale woorden van de Hoge Raad kan overnemen. Hiermee heb je dan een inhoudelijk argument opgevoerd. Maar ja, in dit dossier ontbreken deze mooie punten."

5.3 Feiten zijn afhankelijk van normen

In de publieke opinie worden feiten gezien als datgene wat werkelijk is of heeft plaats gehad. Onder invloed van onder meer de Verlichting is in ons denken dominant dat de wereld een ordening kent en dat wanorde moet worden geëlimineerd door een rationele beheersing

62 Verwijzing naar HR 13 maart 1981, NJ 1982, 621 [Haviltex] waarin is uitgemaakt dat een rechter bij de uitleg van een overeenkomst in acht moet nemen wat partijen over en weer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van elkaar mochten verwachten.

(Taylor, 1991/2007: p. 103). Uitgangspunt is dat “there is a real world and that we can know it to an imperfect but useful degree through observation [...]” (Cook, 1985: p. 59). Feiten zijn waarnemeronafhankelijk en degene die zich daarop beroept heeft een zekere waarheidspretentie. De werkelijkheid is uit feiten opgebouwd en via stelselmatige observatie van de feiten verschaffen wij ons toegang tot de werkelijkheid. Feiten hebben dus een autonoom karakter en kunnen worden beschouwd als gegeven en onveranderlijke grootheden, hetgeen tevens impliceert dat de werkelijkheid een waarnemeronafhankelijke, vaste betekenisstructuur kent. In deze dominante opvatting vormen feiten, normen, kennis en moraal bovendien gescheiden domeinen. De feiten moet eerst worden waargenomen voordat zij gewaardeerd kunnen worden (Van Peursen, 1972: p. 70). De scheiding tussen feit en norm is diep ingesleten in het Westerse maatschappelijke en wetenschappelijke denken (Putnam, 1981/1997: p. 339). In de rechtswetenschap en het denken over rechterlijke oordeelsvorming is deze scheiding mogelijk nog pregnanter (Van Dunné, 1986/2006: pp. 380-1).

De zogenoemde correspondentietheorie biedt slechts een beperkt zicht op wijze waarop rechter in de dagelijkse praktijk met feiten omgaan. De betekenis van feiten is niet afhankelijk van de feiten zelf, zo stelde ik in de inleiding bij dit hoofdstuk, maar het product van een dialectische interactie tussen de (voor)kennis van de actor en de (sociale) context waarin deze opereert. In deze paragraaf zal ik deze kritiek behandelen. Allereerst zal ik aandacht besteden aan de kenmerken van de feiten en het feitenonderzoek in de civiele rechtspraak (5.3.1). Vervolgens zal ik uitwerken waarom feiten nimmer zo maar te registreren zijn als een bruut gegeven, maar rijzen uit een dialectische betrekking tussen de sociale wereld en de cultureel-historisch bepaalde kennis van actoren (5.3.2). In subparagraaf 5.3.3 laat ik ten slotte zien dat feitenvaststelling moet worden beschouwd als een retorische praktijk waarin de actoren doelgericht feiten construeren.

5.3.1 De kenmerken van het feitenonderzoek

Het feitenonderzoek en het proces van feitenvaststelling in de civiele rechtspraak heeft de volgende kenmerken.

Allereerst speelt het feitelijke gebeuren waarover de rechter wordt gevraagd een oordeel te vellen zich altijd in het verleden af. De civiele rechter kijkt voor de feiten altijd achterom (Vranken, 2005: p. 14). Het gaat om een aanrijding tussen twee fietsers uit 2004, om installatiewerkzaamheden in een reeds afgerond bouwproject of, zoals wij in het volgende hoofdstuk zullen zien, om een verhuurder die een maand geleden de huur van een bedrijfspand heeft opgezegd. Dit betekent dat het feitelijk gebeuren via reconstructies (documenten, getuigenverklaringen, beschrijvingen of andere afbeeldingen) aan de rechter moet worden gepresenteerd. De rechter heeft daarom alleen op indirecte wijze toegang tot het feitelijk gebeuren.

Ten tweede worden feiten in de civiele rechtspleging hoofdzakelijk uitgedrukt in taal. Partijen geven in de dagvaarding respectievelijk de conclusie van antwoord een schriftelijke weergave van de feiten, getuigen doen in een getuigenverhoor mondeling verslag van het feitelijke gebeuren en de rechter moet uiteindelijk in het vonnis de feiten die aan het eindoordeel ten grondslag liggen in taal uitdrukken. Daarnaast zijn veel 'feitelijke gebeurtenissen' in het recht talig van aard. De feiten in de casus 'Niet-betaalde termijnen' zijn onder andere de onderlinge afspraken tussen de aannemer en het installatiebedrijf, de inhoud van de overeenkomst en een (niet overlegde) uitgesplitste factuur. Gezien dit 'talige' karakter is de taal waarin de feiten worden uitgedrukt medeconstituerend aan die feiten.

Ten derde vindt het feitenonderzoek plaats in een contradictoire context (Asser, Groen en Vranken, 2006: p. 56). Beide partijen worden in de gelegenheid gesteld hun visie op het feitencomplex aan de rechter te presenteren en te reageren op de stellingen van de andere partij. In de meeste zaken bestaat tussen partijen overeenstemming over het grootste deel van de feiten, maar rest een conflict over (een deel van) het verloop van het feitelijke gebeuren. Het meningsverschil hierover is vaak de aanleiding voor het rechtsgeschil. In de casus 'Fietsongeval' uit de proloog stellen beide partijen zich bijvoorbeeld op het standpunt dat niet hijzelf maar de ander de botsing veroorzaakt heeft.

In de vierde plaats zijn partijen *dominus litis*, meesters van het geding. Dit betekent dat partijen het initiatief tot, en de voortgang en de beëindiging van het proces, met inbegrip van de inhoud en de omvang van de rechtsstrijd, zelf in handen hebben, en bepalen over welke feiten de rechter zich moet uitspreken (Thion, 2006: p. 100). Het procesrecht biedt de rechter een beperkt instrumentarium om zich in het debat over de feiten te mengen en kennis te kunnen nemen van die feiten. Hier staat tegenover dat een rechter, om tot een rechtvaardige en juiste beslissing te kunnen komen, zich in de regel actief moet opstellen om de casus scherp te krijgen. Veelal ontkomt hij er niet aan zich te mengen in het partijdebat over de de feiten, door bijvoorbeeld tijdens een comparitie opheldering te vragen over verschillende aspecten van de casus. De comparitie na antwoord in de casus 'Fietsongeval' laat goed zien hoe beide aspecten verenigd worden.

In de vijfde plaats hebben beide procespartijen belang bij een voor hen positieve uitkomst van de procedure. De eiser ziet zijn vorderingen graag toegewezen, terwijl de gedaagde zich in de regel voor het tegenovergestelde zal inspannen. Partijen zullen zich (on)bewust strategisch opstellen bij de presentatie van het feitenmateriaal. Beschrijvingen van het feitelijke gebeuren die niet bijdragen aan het strategische doel zullen achterwege gelaten worden of verbloemd worden gepresenteerd (Potter, 1996) terwijl op de beschrijvingen die daaraan bijdragen juist de nadruk gelegd zal worden. In dit proces zijn advocaten van partijen vaak een complice-rende factor. Veel rechters ervaren dat advocaten niet altijd een goed beeld hebben van het

exacte verloop van de casus en ten aanzien van de feiten slordig procederen. In paragraaf 5.4 en in het concluderende hoofdstuk kom ik nog op dit punt terug.

Ten slotte moet het rechterlijk oordeel corresponderen met het materiële conflict tussen partijen om betekenis en gezag te hebben (Ricoeur, 2000: p. 127 e.v.). Procespartijen moeten zich herkennen in de feiten die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing. Voor de acceptatie van het rechterlijk oordeel en het vertrouwen in de rechtspraak, is essentieel dat de rechter refereert aan het partijdebat en de stellingen van partijen bij zijn oordeel betreft (Loth, 2005: pp. 58-9).

De kenmerken van het feitenonderzoek brengen de rechter in een complexe situatie. Aan de ene kant heeft de rechter slechts indirect toegang tot de feiten waarover partijen vaak een verschillende lezing hebben. Bovendien zullen partijen er naar streven een voor henzelf gunstige voorstelling van zaken geven. In een dergelijke litigieuze setting zijn de feiten dus nooit een exacte weergave van het verloop van een bepaalde situatie. De werkelijkheid kan niet als hoogste feitenrechter de juistheid van haarzelf vaststellen (Hawkesworth, 1988: p. 51). Een subtiele verandering van de visie op een van de feiten of de onthulling van een nieuw feit, kan een heel andere licht op het feitencomplex werpen. Door deze kenmerken kent het feitencomplex waarover een rechter moet oordelen, ook het feitencomplex dat in het geding aan de orde wordt gesteld, een onbegrensde en onuitputtelijkheid (Van Peursen, 1972: p. 74). Hier staat tegenover dat de rechter het feitencomplex moet reduceren tot een aantal feiten voor de onderbouwing van zijn beslissing; voor een uitspraak moet het onbegrensde feitencomplex worden teruggebracht tot concrete, ondubbelzinnige feiten. Voor de acceptatie van de beslissing is cruciaal dat beide partijen zich herkennen in deze reductie van het onbepaalbare feitencomplex.

Het feitencomplex kan gezien het onbegrensde en open karakter op verschillende manieren geïnterpreteerd worden. Bij het ontbreken van een intrinsieke betekenisstructuur zijn in beginsel verschillende lezingen en interpretaties van het feitencomplex denkbaar. Wil het feitencomplex echter betekenis en inhoud krijgen, is het essentieel dat onderscheid gemaakt wordt tussen de lezingen die recht doen aan het feitencomplex en lezingen die dat niet doen. In de casus 'Niet-betaalde termijnen' zien wij dat begrips- en betekenisvorming parallel lopen aan de ordening van het feitencomplex; wat is wel en wat is geen overtuigende lezing van de feiten. "The operation of information construction, then, transforms any set of equally probable statements into a set of *unequally* probable statements" (Latour en Woolgar, 1986: p. 241). Het onderscheid dat Mullens maakt tussen feiten aangedragen door advocaten en het verhaal van partijen zelf is in dit verband erg interessant. Beide weergaven hebben in beginsel betrekking op hetzelfde feitencomplex. De stukken die door advocaten zijn opgesteld geven echter onvoldoende inzicht in de achtergrond van het geschil volgens Mullens. Louter op basis van deze informatie kan hij niet beoordelen of de stellingen *aannemelijk* zijn. Hiervoor is ook van belang dat hij partijen op een zitting ziet. De overtuigingskracht en aannemelijkheid

van de weergave van het feitencomplex spelen dus een belangrijke rol in het proces van de feitenvaststelling.

Deze benadering van feiten staat haaks op de correspondentietheorie waarin feiten beschouwd worden als een onderdeel van een 'harde' werkelijkheid. In deze benadering zou het in beginsel niet moeten uitmaken of de advocaat of de procespartij zelf feiten aandraagt. Feiten zijn juist of onjuist, en het is de taak van de rechter om op basis van het aangeleverde bewijs de feiten vast te stellen. Onder andere de rechtspsycholoog Wagenaar (2005 en 2006) en de wetgever geven blijk van een dergelijke ontologie. In die opvatting spelen in het proces van feitenvaststelling overtuiging en aannemelijkheid geen rol.⁶³ De casus 'Niet-betaalde termijnen' laat echter zien dat deze benadering Mullens niet helpt. Geen van beide partijen heeft *overtuigend* bewijsmateriaal overlegd op basis waarvan hij de zaak kan afdoen. Mullens verwacht dat een bewijsopdracht deze overtuiging wel kan bieden. De feiten worden dus niet zo zeer *vastgesteld*, maar zijn het resultaat van een proces van overtuiging.

In veel gevallen, bijvoorbeeld als partijen het eens zijn over een deel van het feitelijke verloop, kost dit proces de rechter weinig energie en komt hij relatief eenvoudig tot een overtuiging. In praktische iedere zaak bestaat echter onenigheid tussen partijen over een klein, maar voor de beslissing essentieel, deel van de feiten. De casus 'Niet-betaalde termijnen' is hiervan een duidelijk voorbeeld. Door deze onenigheid wordt het overtuigingsproces bij de rechter verstoord en moet Mullens een bewijsopdracht geven om gevoed te worden. In de volgende subparagrafen ga ik dieper in op dit proces.

5.3.2 Het normatieve karakter van feiten

Feiten krijgen betekenis tegen een achtergrond van stilzwijgende kennis

In het vorige hoofdstuk is ruimschoots aandacht besteed aan de hermeneutische filosofie. Eén van de belangrijkste inzichten die deze filosofie heeft opgeleverd, is dat betekenissen ontstaan in de dynamische betrekking tussen een concrete situatie en een algemeen betekenisverlenend kader. Betekenisverlening ontstaat omdat de mens de sociale en feitelijke wereld met historisch gevormde vooroordelen tegemoet treedt. De wereld om ons heen kan derhalve niet onbemiddeld worden waargenomen, maar krijgt pas betekenis als het in een decor van 'reeds weten' wordt geplaatst. "A fact only becomes such when it loses all temporal qualifications and becomes incorporated into a larger body of knowledge [...]" (Latour en Woolgar, 1979/1986: p. 106). In de confrontatie tussen zijn repertoire en de actuele situatie waarin wij participeren ontstaat begrip en wordt uit wanorde een begrijpelijke werkelijkheid geschapen. Zonder een

63 Dit gaat overigens niet op voor het strafproces, waarin alleen wettig en *overtuigend* bewijs mag worden meegewogen bij de beoordeling van de tenlastelegging.

dergelijk kader zouden feiten geïsoleerde gegevens zijn die geen enkele betekenis hebben (Visser 't Hooft, 1988: p. 31).

In de hermeneutische benadering liggen de feiten noch besloten in de sociale of fysieke wereld noch in (voor)kennis van het individu. "Facts as potential contents of declarative statements, are not just in the head, nor are they just in an independent world outside of the head. Facts are experienced – facts are elements of experience – which put them somewhere in the interactive interface between head and world" (Burke, 1994: p. 64). Dit betekent dat een betekenisvolle werkelijkheid nooit zo maar te registreren is als een bruut gegeven dat geheel onafhankelijk van de actor bestaat en welke de 'werkelijkheid' hem zonder meer verschaft (Jaspers en Vranken, 1974: p. 448). Pas als menselijke kennis gebeurtenissen interpreteert en plaatst in een breder kader van voorkennis en eerdere ervaringen, dan ontstaan betekenisvolle en herkenbare feiten (Van Peursen, 1972: p. 73).

Feitenvaststelling is geen neutrale, objectieve aangelegenheid, maar afhankelijk van de benadering, de strategie of het referentiekader dat een persoon hiervoor gebruikt (Van Peursen, 1965: p. 32). Niet alleen de selectie, maar ook de inkleuring, de vorming en de herkenning van feiten is derhalve altijd perspectivistisch en waarnemerafhankelijk. Nu de gepercipieerde werkelijkheid waarnemerafhankelijk is, kan de waarheid niet meer alleen in de werkelijkheid gevonden worden. Voor de waarheid is bepalend of een individu een waarneming rationeel aannemelijk vindt (Putnam, 1981/1997: p. 341). "But the empirical world [...] depends upon our criteria for rational acceptability (and, of course, vice versa). We use our criteria of rational acceptability to build up a theoretical picture of the "empirical world," and then as that picture develops we revise our very criteria of rational acceptability in the light of that picture and so and so on forever" (Putnam, 1981/1997: pp. 344-5). De criteria voor rationele aanvaarbaarheid liggen enerzijds besloten in een handelingspraktijk en blijven daardoor grotendeels onuitsproken. Anderzijds stelt de actuele situatie een aantal beperkingen aan mogelijke lezingen van de werkelijkheid. Zo zien wij dat de casus 'Niet-betaalde termijnen' richting geeft aan de interpretatie daarvan en het aantal mogelijke lezingen inperkt. Niet iedere interpretatie van de wereld is acceptabel, zoals ik hieronder verder zal uitwerken.

Bij het duiden van de wereld om ons heen worden elementen in die wereld geordend en in perspectief geplaatst. Het grootste deel van de elementen in deze wereld vormen het decor van de alledaagse werkelijkheid waartegen betekenissen tot stand komen. Het gaat om de vanzelfsprekende, normale en herkenbare elementen waarvan de betekenisverlening spontaan tot stand komt. Voorbeelden in de rechtspraak zijn de standaardzaken, de wijze waarop de meeste zaken zich ontwikkelen, routines, vuistregels en *best practices*. Via socialisatie en een routinematig verstaan met de alledaagse wereld ontwikkelt deze stilzwijgende achtergrondkennis zich. De fundamenteën van de achtergrondkennis worden gevormd door interpretaties van de wereld die als normaal en aannemelijk beschouwd worden. Juist het vanzelfsprekende

karakter van de achtergrondkennis zorgt ervoor dat zij essentieel is voor processen van betekenisverlening en feitenconstructie. "Presupposition conceptions [...] suggest that theoretical presuppositions have their most profound influence at the preconscious level. In establishing what will be taken as normal, natural, and expected, [...] presuppositions camouflage themselves, blurring their contributions to cognitions and masking their influence on understanding. For this reason, it is very difficult to articulate the most fundamental presuppositions that structure one's thought" (Hawkesworth, 1988: p. 84).

Dialectiek en handelingsgerichtheid

De afwezigheid van een intrinsiek betekenisverlenende structuur betekent niet dat iedere interpretatie van de wereld 'juist' is en feiten *ex nihilo* worden geconstrueerd. De werkelijkheid komt niet tot stand in een vacuüm; de sociale en de materiële wereld waarin wij opereren activeren de voorkennis, processen van betekenisverlening en feitenvaststelling.

"[I]nterpretations are *world-guided*. They involve both the preunderstanding brought to an event by an individual perceiver, and the stimuli in the external (or internal) world which instigate the process of cognition. Because of this dual source of [...] interpretations, objects can be characterized in many different ways, "but it does not follow that a given object can be seen in any way at all or that all descriptions are equal." The stimuli which trigger interpretation limit the class of plausible characterizations without dictating one absolute description" (Potter, 1996: p. 53).

Door zijn externe gerichtheid en het van nature open staan voor de wereld, vindt de interactie tussen de betekenisverlenende actor en zijn omgeving min of meer spontaan plaats. "Werkelijkheid spreekt de mens toe, of, juister geformuleerd, is het kader waarbinnen gebeurtenissen de mens iets kunnen zeggen" (Van Peursen, 1972: pp. 37-8). Voor de werkelijkheidsconstructie zijn dus zowel een feitelijke gebeurtenis als een betekenisverlenende actor nodig. Net als in de casus 'Niet-betaalde termijnen' worden de feitelijke gebeurtenissen vooral door partijen in het leven geroepen. Deze 'gebeurtenissen' nemen de vorm aan van een dagvaarding, een conclusie van antwoord, producties of stellingnamen van procespartijen tijdens een comparitie. Deze documenten en handelingen hebben geen algemene betekenis, maar krijgen deze pas na omgang en gebruik in de specifieke context van een concrete zaak.

Rechters nemen niet uit een grote interesse in het wel en wee van hun medemens kennis van de feiten. De rechter verdiept zich in het feitencomplex omdat de eiser zijn tussenkomst gevorderd heeft en hij een oordeel moet vellen over het onderhavige geschil. In deze handelingscontext, welke is ingebed in de handelingspraktijk van rechterlijke oordeelsvorming, neemt de rechter kennis van de feiten. En dit schept een hele reeks van verwachtingen ten aanzien van de deskundigheid, de handelingsmogelijkheden, de aard van de situatie et cetera. Of zoals Potter (1996: p. 47) zegt: "[P]eople do not use descriptions just for their own sake. Descripti-

ons are performed as parts of actions which are, in turn, embedded in broader sequences of interaction” Dit handelingsimperatief geeft het feitenonderzoek richting en maakt dat feiten werkzame feiten worden (Van Peursen, 1972: p. 75). De rechter is op zoek naar interpretaties van het feitencomplex die hij kan gebruiken bij zijn taakvervulling, waarbij uiteindelijk de uitkomst van zijn handelen – een geaccepteerde beslissing – richtinggevend is.

Deze handelingsoriëntatie is medebepalend voor de betekenisverlening van de feiten. Het gaat er niet om dat de rechter zonder meer de waarheid vaststelt, maar dat hij een geaccepteerde beslissing neemt. “Fact construction and stabilization are not abstract concerns focused on truth and falsity but are bound up with, and inseparable from, practices of all sorts. Descriptive categories formulate the world in specific ways which are relevant to, and usable in, current activities. Describing and formulating are implicated in activities in many different ways” (Potter, 1996: p. 205).

Zoals ik hierboven aangaf, is voor de acceptatie van de rechterlijke beslissing van groot belang dat de weergave van de feiten aansluit bij het materiële geschil tussen partijen. De rechter is gedurende het proces van oordeelsvorming gericht op die elementen in een zaak die bijdragen aan de acceptatie van het vonnis. Dit betekent soms dat een rechter “loskomt” van het voorhanden zijnde feitelijke materiaal en vanuit de acceptabele beslissing regressief redeneert naar het feitenmateriaal. Zoals een Kleinstadse rechter vertelde: *“Ik vind ook dat je soms het lef moet hebben om iets bewezen te vinden. Gewoon omdat je vind dat dat tot een goede uitkomst leidt.”* De beslissing en de acceptatie door partijen werpen hun schaduw vooruit in het proces van feitenvaststelling en oordeelsvorming. In de analyse van de casus zal ik nog nader ingaan op dit proces.

Sociaalhistorische en talige karakter van feiten

Net als andere aspecten van de sociale werkelijkheid krijgen feiten pas relevantie en betekenis in een sociale constellatie. Procespartijen beroepen zich ten overstaan van de wederpartij en de rechter op een bepaalde interpretatie van het feitencomplex en de rechter gebruikt de feiten ter onderbouwing van zijn vonnis. Hierboven heb ik laten zien dat deze feiten geen immanente betekenis hebben; feiten rijzen uit een confrontatie tussen de wereld en een betekenisverlenend kader. Degene zich tegenover anderen beroept op een feit, refereert aan een gedeelde betekenis. Deze betekenis is er niet *a priori*, maar moet keer op keer worden geconstrueerd in het perspectief van een door actoren gedeelde horizon. “[F]eiten verschijnen binnen de horizon van een bepaalde cultuurkring en cultuurperiode” (Van Peursen, 1972: p. 71).

Omdat feiten pas betekenis krijgen tegen een cultuurhistorische gevormde achtergrond, is deze achtergrond dus medebepalend voor de betekenis van feiten. Deze achtergrondkennis wordt verworven via “a process of socialization or enculturation. Constellations of theoretical assumptions are, therefore, neither irrational nor arbitrary. On the contrary, they embody the

collective wisdom of determinate traditions; they comprise the sedimented and thoroughly rational judgments of generations of people who have struggled to capture the truth about reality” (Hawkesworth, 1988: p. 85). Door het dynamische karakter van het sociale leven is de achtergrondkennis doorlopend in ontwikkeling. Iedere handeling, participatie aan de sociale werkelijkheid, voegt iets toe aan de achtergrondkennis waardoor feiten naar hun aard een provisioneel karakter hebben en tegelijkertijd onlosmakelijk verbonden zijn met het algemene.

De verwoording van de feiten is in essentie participatie in een sociaalhistorische handelingspraktijk. In het vorige hoofdstuk en de vorige subparagraaf heb ik laten zien dat taal een centrale rol speelt in de rechtspraak. Niet alleen worden rechtsbegrippen en het juridisch discours in taal uitgedrukt, ook het grootste deel van de feiten die partijen in een procedure aanvoeren zijn talig van aard. Taal is echter niet een neutraal medium dat de gebeurtenissen waaraan partijen refereren op objectieve wijze weergeeft; taal is bovenal medeconstituerend aan betekenisverlening en sociaal handelen. Door een gebeurtenis uit te drukken in woorden wordt deze in de bredere betekenisverlenende structuur en context die de taal biedt geplaatst (Van Peursen, 1972: p. 36).

Taalgebruik heeft een activerend karakter. Door voor bepaalde woorden te kiezen en deze woorden in een concrete situatie een betekenis toe te kennen, geeft de actor op actieve wijze betekenis aan de werkelijkheid. “[D]escriptions are not just *about* something but they are also *doing* something; that is, they are not merely *representing* some facet of the world, they are also *involved* in that world in some practical way” (Potter, 1996: p. 47). Met behulp van taaluitingen construeren actoren een betekenisvolle werkelijkheid waarin betekenisvolle handelingen tot stand kunnen komen. Het onder woorden brengen van de feiten is derhalve een primaire vorm van participatie aan de sociale werkelijkheid (Hawkesworth, 1988: p. 83).

Het feitenonderzoek legitimeert de rechterlijke oordeelsvorming

Het feitenonderzoek vormt de brug tussen het materiële partijdebat en het juridische geschil. De feiten zijn een constructie van het materiële conflict tussen partijen. Via het feitenonderzoek wordt het geschil tussen procespartijen omgezet in feiten die aan de juridische afweging en beslissing ten grondslag kunnen liggen. De context waarin deze feiten zich hebben voorgedaan loopt via het feitenonderzoek vloeiend over in de praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming. Met de selectie, of beter gezegd, constructie van de feiten wordt het materiële conflict afgebakend van het juridische geschil. Deze constructie van de feiten is cruciaal voor de uiteindelijke uitkomst van een procedure, zoals ook de volgende Middelstadse rechter ervaart: “*En wat je dan ook ziet is dat je problemen krijgt met welke feiten moet ik selecteren. Als ik de feiten 1, 2, 7, 9 en 10 selecteer dan rolt er een toewijzing uit en als ik 1, 2, 3, 4 en 5 selecteer dan rolt er een afwijzing uit.*”

Het feitenonderzoek dat resulteert in een acceptabele weergave van het geschil vormt het fundament onder het rechterlijk oordeel en is de belangrijkste legitimatie van de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming. Een herkenbare weergave van het partijdebat is van groot belang voor de acceptatie van het rechterlijk oordeel, schreef ik hierboven. Zoals geïllustreerd in de casus ‘Niet-betaalde termijnen’ kan een rechter niet tot een juridische beoordeling komen, zo lang het feitencomplex nog ter discussie staat. Zonder een feitencomplex dat door beide partijen en de rechter (h)erkend wordt, ontbreekt een kapstok om het uiteindelijke oordeel aan op te hangen. Twijfel over het feitencomplex tast de legitimiteit van het concrete oordeel aan en in het verlengde daarvan de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming. Om de ondermijning van de handelingspraktijk tegen te gaan, is een uitvoerig feitenonderzoek essentieel. De feiten krijgen dan ook pas rechtskracht na onderzoek door de rechter (Kennedy, 2004: p. 247). De rechter mag hierbij niet blindelings afgaan op hetgeen is aangedragen door partijen en hun advocaten. De rechter moet het aangereikte feitenmateriaal als het ware ‘ontginnen’ om het geschikt te maken voor de oordeelsvorming.

Om zijn eigen verantwoordelijkheid in het proces van rechterlijke oordeelsvorming waar te kunnen maken, beslissen over het onderliggende geval, moet een rechter zich de feiten eigen maken. Hij moet het feitencomplex helemaal op zich laten inwerken en tot in de kleinste haarvaatjes doorgronden. Zo ondervindt een Middelstadse rechter vaak dat als hij passages uit brieven overtikt in het vonnis, hij weer allerlei dingen opmerkt die aan hem voorbij waren gegaan toen hij het stuk gewoon las. Een collega-rechter uit dezelfde rechtbank merkte op dat je als rechter niet oppervlakkig tegen de buitenkant van de feiten kunt aankijken: *“en dan denken oh het zit zus of zo. Je moet ze altijd, dat is mijn ervaring, gewoon helemaal voelen, zal ik maar zeggen. Je moet echt, en dat is ook de reden denk ik als je noten bij uitspraken leest van niet-rechters, mensen die in de wetenschap zitten, die beginnen dan vaak uitspraken naast elkaar leggen en zeggen, goh wat vreemd want nu beslissen ze dit en een jaar geleden dat. Ik denk dan altijd dat als je het dossier erbij haalt, het volstrekt duidelijk zal zijn. Als je gewoon het hele dossier zou doornemen dan is het duidelijk dat ze daar zo beslist zouden hebben en duidelijk dat ze daar zo beslist hebben. En dat komt dan toch neer op de feiten.”*

Dit citaat en in het bijzonder de onderstreepte passage, illustreren dat het proces van het eigen maken van de casus naast rationele ook een affectieve dimensie heeft. Alleen de degene die deze dimensie ervaart, degene die het dossier op zich heeft laten inwerken, krijgt een totaalbeeld van de casus en heeft daardoor een beter begrip van de beslissing. Deze dimensie kan niet in zijn volledigheid onder woorden worden gebracht in het vonnis.

5.3.3 Feitenconstructie is een retorische handelingspraktijk

Hoewel het civiele procesrecht niet gericht is op waarheidsvinding, hechten veel rechters belang aan de achterliggende materiële waarheid. Dit geldt ook voor raio Mullens in bovenstaande casus. Voor zijn oordeelsvorming is het relevant om het verhaal achter het juridisch geschil te kunnen horen. Mullens wil uiteindelijk ook weten wat er feitelijk gebeurd is. Veel stellingen die in het geding worden gebracht zijn geformuleerd door de advocaten van partijen. Deze advocaten weten de stellingen juridisch handig weer te geven maar hebben vaak geen exact idee wat zich feitelijk heeft voorgedaan. In de traditionele visie op de feiten in de civiele rechtspraak speelt de materiële waarheid geen rol van betekenis. Partijen verschaffen de – in beginsel lijdelijke – rechter toegang tot de (gekleurde) werkelijkheid via hun stellingen en weren. In deze subparagraaf zal ik aandacht besteden aan de betekenis van de materiële waarheid en laten zien dat feiten tot stand komen in een ‘retorische’ handelingspraktijk. In deze visie worden feiten niet vastgesteld maar geleidelijk geconstrueerd. Bij deze constructie spelen waarden als geloofwaardigheid, betrouwbaarheid en aannemelijkheid een centrale rol.

In de meeste gevallen, met name die met een ingewikkeld feitencomplex, voorzien rechters bij de eerste kennismaking met het dossier niet de volledige strekking en betekenis van het feitencomplex. De casus ‘Niet-betaalde termijnen’ laat zien dat de rechter bij gebrek aan harde criteria niet in de gelegenheid is de feiten *vast te stellen*, zoals de rationeel-positivistische kennistheorie en ontologie ons leert. Feitenvaststelling is het resultaat van een proces van groeiend inzicht in het feitencomplex. De begripsvorming komt tot stand via een dialoog tussen de rechter, procespartijen en het beschikbare feitenmateriaal. “Understanding is bilateral. It therefore lacks finality; as understanding is by definition based on interaction and communication, its conclusions are dependent upon the participating actors and therefore always provisional” (Wagenaar en Cook, 2005: p. 8).

Voor het proces van begripsvorming is vereist dat een rechter het dossier “ontgint”, herleest, (een van) partijen een aanvullende bewijsopdracht geeft, getuigen hoort of tijdens de comparitie partijen om opheldering vraagt. De feiten rijzen niet spontaan uit het dossier maar zijn het resultaat van inspanningen van rechter en partijen. “Descriptions are not determined by events but are worked up, and this working up can itself be skillful” (Potter, 1996: p. 6). In de casus ‘Niet-betaalde termijnen’ zien wij een aantal voorbeelden van de inspanningen die een rechter zich moet getroosten om begrip van een zaak te krijgen. Omdat geen van de partijen overtuigend bewijsmateriaal heeft geleverd, kiest Mullens voor een tussenvonnis waarin hij de eiser de opdracht geeft zijn stellingen te bewijzen. Voor zowel de uitvoering als de verstrekking van de bewijsopdracht is een beroep op de schaarse tijd van partijen respectievelijk de rechter vereist. Deze inspanningen worden in de context van de zaak geplaatst. Wat is het belang van de zaak in relatie tot de kosten van de bewijslevering? Levert een bewijsopdracht wel de

gewenste duidelijkheid? Hoe belangrijk is duidelijkheid over het feit voor de beoordeling van de casus? Interessant in dit verband is het volgende citaat van een rechter in de rechtbank Middelstad: *“Wat wij natuurlijk doen bij onduidelijkheid in een zaak, is dat je met partijen gaat praten. We hebben bijna standaard nog in alle zaken een mondelinge behandeling, een kortgedingbehandeling of een comparitie. En daar bespreek ik dat altijd met partijen: die feiten zijn niet helemaal helder en wat kunnen wij nou boven water krijgen? Wat verwacht je eigenlijk van de bewijslevering? En wat verwacht je wat ik moet gaan doen als ik die feiten niet helder krijg? Nou, dan kun je daarover praten. En dat kun je zelfs met onduidelijke feiten die dikwijls onduidelijk zijn omdat partijen gewoon een andere waarneming hebben, die hebben het anders beleefd. Dus je weet niet wat de waarheid is, wat meer waar is. En dan kan je daar met partijen over praten. En dan kun je dikwijls toch tot een praktische oplossing komen. Waar partijen ook wel mee kunnen leven. Waar je zelf ook wel mee kunt leven.”*

Deze Middelstadse rechter geeft op zeer kernachtige wijze de hierboven beschreven theorie weer. Allereerst illustreert hij met dit citaat dat het feitencomplex geen ingesloten criteria bevat waarmee de eigen betekenis of waarde kan worden vastgesteld, omdat *“je niet weet wat waarheid is.”* Pas na een constructie die via een dialogisch proces tot stand komt, de onderhandelingen waarnaar de rechter verwijst, krijgt het feitencomplex vorm en betekenis. “Construction refers to the slow, practical craftwork by which inscriptions are superimposed and accounts backed up or dismissed. [...] [R]ather, it is through practical operations that a statement can be transformed into an object or a fact into an artefact” (Latour en Woolgar, 1986: p. 236). In de tweede plaats komen de feiten, het resultaat van de onderhandelingen, niet tot stand in een vacuüm maar in een concrete context van een procedure. De bruikbaarheid van de praktische oplossing waarmee iedereen kan leven, wordt afgemeten aan haar toepassing binnen een procedure.

De zojuist aangehaalde Middelstadse rechter refereerde aan de onderhandeling over onduidelijke feiten. Niet alleen over deze, maar ook over ‘duidelijke’ feiten wordt onderhandeld, hoewel in de regel niet zo openlijk en expliciet als in bovenstaand voorbeeld. Het doel van feitenconstructie is dat deze niet als zodanig ervaren wordt. De wetenschap dat feiten afhankelijk zijn van de werkzaamheid van de menselijke geest, zou destabiliserend werken. Feitenconstructie is er dan ook op gericht om feiten voor zichzelf te laten spreken. “The result of *construction* of a fact is that it appears unconstructed by anyone; the result of rhetorical *persuasion* in the agnostic field is that participants are convinced that they have not been convinced [...]” (Latour en Woolgar, 1986: p. 240). Om dit te bewerkstelligen hanteren zowel partijen als de rechter een tweeledige oriëntatie (Potter, 1996: p. 108). Beschrijvingen van de werkelijkheid worden in de eerste plaats gebruikt om een bepaalde (taal)handeling te realiseren. Zo zijn de stellingen en de bewijzen van partijen bedoeld om de rechter te overtuigen van hun lezing van het feitelijke verloop van het geschil. Tegelijkertijd bevat de weergave van die werkelijkheid

een waarheids- en geldigheidsclaim. “For the most part, the concern is to produce descriptions which will be treated as *mere* descriptions, reports which *tell us how it is*” (ibid). Potter noemt dit de epistemologische oriëntatie.

Zoals ik hierboven aangaf staan partijen en de rechter niet belangeloos in een zaak; partijen willen de zaak graag ‘winnen’ en de rechter wil een aanvaarbare beslissing nemen. De presentatie van de feiten dient ter ondersteuning van deze doelen. De zojuist beschreven epistemologische oriëntatie is dan ook niet van – min of meer vrijblijvend – abstract belang, maar vooral praktisch en doelgericht (Potter, 1996: p. 121). Degene die zich op een bepaald feit beroept, onafhankelijk of hij de rechter of één van de procespartijen is, heeft er belang bij dat zijn weergave van de werkelijkheid door anderen als geloofwaardig beschouwd wordt. Hiervoor wordt verwezen naar een gedeeld kader waarin de criteria voor geloofwaardigheid, aannemelijkheid en overtuigendheid liggen besloten. Deze criteria vormen een handelingspraktijk. Dus niet alleen het recht en rechtspraak zijn een argumentatieve praktijk (Dworkin, 1986: p. 13) maar ook de constructie van de feiten waarop rechterlijke uitspraken zijn gebaseerd.

5.4 Analyse casus ‘Niet-betaalde termijnen’

Hieronder zal ik laten zien hoe aan de hand van bovenstaande visie een beter inzicht in de casus ‘Niet-betaalde termijnen’ verkregen kan worden.

Oercasus

De eiser, het installatiebedrijf, wil betaald krijgen voor de uitgevoerde werkzaamheden. De gedaagde, de hoofdaannemer, weigert te betalen. Hij verweert zich met de stelling dat de begroting is overschreden en dat de meerkosten het gevolg zijn van werkzaamheden die niet zijn overeengekomen.

Feitenonderzoek onder onzekerheid

Het feitenonderzoek gaat gepaard met intrinsieke onzekerheid. Waar Johan Mullens in de wet nog “mooie criteria” kan vinden om een vordering toe- of af te wijzen – de verjaring wordt gestuit, er wordt ten onrechte een beroep gedaan op een wettelijke bepaling of je kunt iets *Haviltexen* – is het feitenonderzoek in essentie onbepaald. Verschillende keren geeft Mullens aan in onzekerheid te verkeren over de feiten omdat hij geen concrete maatstaven heeft om het gewicht, de relevantie, de volledigheid en de betrouwbaarheid van de stellingen en het aangedragen bewijsmateriaal vast te stellen. Voor zijn informatie over het geschil is hij afhankelijk van hetgeen partijen hem aandragen. Omdat er in dit geval naar het oordeel van Mullens slecht geprocedeerd wordt en de juridische motivering van partijen niet duidelijk

wordt, 'helpen' partijen hem niet op het juiste spoor. Geen van beide partijen heeft overtuigend bewijsmateriaal overlegd of kunnen onderbouwen of en zo ja welke werkzaamheden buitencontractueel zijn uitgevoerd. Dit procesgedrag versterkt de onzekerheid bij Mullens.

Situaties waarin de rechter net als Mullens slechts een gebrekkig begrip van het feitelijk voorval kan vormen, zijn een bedreiging voor de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming. Een onvolledig beeld van de zaak belemmert het proces van rechtvaardige oordeelsvorming. *“Nou, ten minste, ik merk wel aan mijzelf dat ik recht wil doen aan de zaak. En het is soms lastig als er slecht geprocedeerd wordt, dat dat nu eenmaal niet kan. Het is soms ook lastig als je al met al, ondanks enquêtes, soms toch geen beeld hebt van hoe het precies zit. Dat is toch onbevredigend”*, vertelde een rechter in de rechtbank Kleinstad. Om een scherp beeld te krijgen van het feitencomplex, is van belang dat een rechter inzicht krijgt in de context waarbinnen het geschil zich afspeelt. Inzicht in de motieven van partijen helpt een rechter om de aannemelijkheid en de geloofwaardigheid van concrete feiten te bepalen.

Dialogische zoektocht

Zoals ik hierboven aangaf, wordt de legitimiteit van een rechterlijke beslissing grotendeels bepaald door de mate waarin zij aansluit op het geschil tussen partijen. Net als in de meeste zaken, beperkt het geschil zich in de casus 'Niet-betaalde termijnen' niet tot juridische vraagstukken, maar gaat het hoofdzakelijk over het feitelijk verloop dat aan het geschil ten grondslag ligt. Partijen verschillen onder andere van mening over de omvang van de vordering. De rechter probeert in zo'n situatie een *common ground* met procespartijen creëren. De nadere bewijsopdracht is hierop gericht. Mullens en partijen 'onderhandelen' als het ware over een invulling van het feitencomplex die door beide procespartijen herkend wordt en Mullens een basis biedt om zijn beslissing te kunnen nemen.

De casus 'Niet-betaalde termijnen' laat goed zien dat inzicht in het feitencomplex en het vormen van een gedeelde feitelijke basis onder de beslissing, de vorm aanneemt van een dialoog tussen de rechter en partijen. Via stellingen, bewijsmateriaal, weren, de comparitie en via een nadere bewijsopdracht nemen Mullens en partijen deel aan deze dialoog. Omdat de rechter voor de feiten afhankelijk is van partijen, heeft hij er belang bij de dialoog over de feiten gaande te houden totdat deze zich uitkristalliseert in een stabiel beeld over het feitencomplex waarin beide partijen zich herkennen.⁶⁴ Omdat in de casus 'Niet-betaalde termijnen' het beeld over het feitencomplex onvoldoende scherp is en zich nog verder moet ontwikkelen tot een stabiele basis voor een beslissing, geeft Mullens eiser een bewijsopdracht. Zo lang deze

⁶⁴ Dat dit niet altijd lukt, neemt niet weg dat veel rechters in iedere zaak ernaar streven met beide partijen tot een gedeelde feitelijke basis te komen.

dialogoog gaande is, kan hij zijn beeld van de zaak bijstellen en zichzelf behoeden voor eventuele dwalingen.

De rechters die ik in het kader van dit onderzoek gesproken heb, staan over het algemeen afwijzend tegen een ‘procesrechtelijke binnenbocht’ zoals het afdoen van een zaak op de stelplicht of een onvoldoende betwisting. Een rechter in de rechtbank Middelstad vindt het een beetje een zwaktebod om te zeggen *“we hebben de feiten niet boven water gekregen, daarom afwijzen.”* Dit geldt ook voor Mullens. Hij heeft overwogen de zaak op de stelplicht af te doen, maar omdat hij onvoldoende zeker was of hij hiermee de juiste beslissing zou nemen, heeft hij eiser in de gelegenheid gesteld met nader bewijs te komen. Door de zaak af te doen op de stelplicht, zou Mullens de communicatie, de dialoog tussen hemzelf en partijen, hebben beëindigd. In dit geval, waarin hij nog onvoldoende inzicht heeft in het feitencomplex, zou hij het risico lopen zijn beslissing op een onjuiste basis te baseren omdat het dialogische proces dat aan de rechterlijke oordeelsvorming vooraf gaat, niet meer gevoed zou worden. Door een zaak af te doen, stelt hij zich niet meer open voor nieuwe impulsen die zijn kijk op het feitencomplex kunnen veranderen. Een Middelstadse rechter waarschuwde voor het risico dat in het geval er te weinig is gesteld of dat er ongemotiveerd is betwist, de rechter een procestechnisch kunstje van stal haalt in plaats van te onderzoeken wat er gebeurd is.

Wisselwerking materiële en processuele orde

De taal van het procesrecht waarin het geschil geformuleerd moet worden, de processuele orde, is te beperkt om alle aspecten van het partijdebat tot uiting te brengen. Omdat de feiten in de processtukken vaak ongekleurd, zonder emotionele diepgang worden gepresenteerd, kan de overtuiging van de rechter niet tot wasdom komen. In de dagelijkse praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming is de eendimensionale processuele orde te beperkt om deze overtuiging te kunnen ontwikkelen. De stellingen, het bewijs en de betwistingen van partijen alleen bieden de rechter onvoldoende inzicht in de context van het geschil. Om de aannemelijkheid van de gepresenteerde feiten te kunnen bepalen, zo zagen we in de casus ‘Niet-betaalde termijnen’, wil de rechter daarom ook weten wat er feitelijk gebeurd is. *“Dit inzicht kleurt de stellingen van partijen.”* Inzicht in de materiële orde waarin het geschil zich heeft voorgedaan, complementeert de kennis van de processuele waarheid.

De comparitie geeft de rechter toegang tot de materiële orde waarin het geschil zich afspeelt en is derhalve voor Mullens een belangrijke informatiebron. De materiële orde wordt gevormd door de “mensen” achter de procespartijen, de feitelijke context waarin het geschil zich afspeelt en de emoties die daarbij een rol spelen. Voor Mullens maakt het daarom heel veel uit of hij die mensen heeft kunnen zien op een comparitie. Op de comparitie kan Mullens vragen stellen als “Waarom bent u zo kwaad? Hoe is dat nou gelopen?” waardoor hij een “bepaald gevoel” bij de procederende partijen kan ontwikkelen. Dit gevoel biedt hem houvast bij

de constructie van een feitelijke basis onder zijn beslissing. In de comparitie komen de procesuele en de materiële orde samen en kan de rechter de geloofwaardigheid en aannemelijkheid van de feiten op zich laten inwerken.

Dat niet alleen de relatief onervaren Mullens, maar ook de oude rotten in het vak behoefte heeft aan houvast van de comparitie, blijkt uit het volgende citaat van een Middelstadse vice-president met meer dan dertig jaar ervaring: *“De comparitie zelf is belangrijker dan de stukken. Hoe wordt daar door partijen gekeken? Wat zijn de signalen die je opvangt? [...] Je probeert partijen op hun gemak te stellen zodat ze los komen en zo veel mogelijk gaan praten. Dan krijg je natuurlijk wel een beeld van die mensen en wat ze willen zeggen. De stukken die zijn door de advocaat geschreven. Dat is minder direct. Dat is minder rechtstreeks dan wat je van de mensen zelf hoort.”*

Participatie is nodig om de verschillende dimensies van een geschil te kunnen ervaren. Via de comparitie participeert de rechter vanuit zijn eigen rol in het conflict tussen partijen. Mullens geeft aan dat hij een comparitie nodig heeft om een diepgaand begrip van de situatie te kunnen ontwikkelen en het geschil in alle facetten te leren kennen. Omdat de processtukken slechts een eendimensionale weergave van het feitelijk geschil zijn, kan de participatie van de rechter in het geschil niet gerealiseerd worden. Via de processtukken of het pleidooi van advocaten kan dan ook geen of hooguit een zeer beperkt gedeeld begrip van het geschil rijzen.

De materiële orde staat niet op een hoger plan dan de processuele orde noch is het omgekeerde het geval. In de casus ‘Niet-betaalde termijnen’ zien wij dat de rechter informatie uit beide ordes nodig heeft voor de vorming van zijn rechtsoordeel. Of zoals een Middelstadse rechter het treffend verwoordde: *“Dat wat je hoort op de zitting vervolmaakt en verandert soms het beeld dat oprijst uit de schriftelijke stukken. Maar het zijn toch een beetje twee taken aan dezelfde stam. Want de processtukken, de schriftelijke stukken van partijen zelf en het proces-verbaal, dat een neerslag is van wat er op de zitting is gezegd, vormen tezamen dat beeld. En daaruit kan je afleiden wat de vaststaande feiten zijn en waar partijen van mening over verschillen. Maar ja, als ik me toch vaak de zitting herinner, partijen herinner, dan zijn dat ook de andere signalen die je niet altijd in het proces-verbaal kunt vastleggen, die toch een beetje door mijn hoofd zweven. En die beelden, denk ik, spelen impliciet een rol bij de oordeelsvorming.”*

De materiële en de processuele orde zijn dus complementair aan elkaar. Het antwoord op Mullens’ vraag waarom één van de partijen nu zo kwaad is, is geen aanvulling van de feiten, maar plaatst de stellingen in de context van feitelijke geschil. De rechter heeft niet alleen kennis van, maar ook ‘inzicht’ in het verloop van het geschil nodig voor de beoordeling van het gepresenteerde feitenmateriaal. Dit inzicht omvat zowel harde informatie als beelden die niet goed onder woorden kunnen worden gebracht.

Verskillende feiten

De feitenconstructie is een retorische praktijk. Omdat de feiten er niet *a priori* zijn, maar gedurende een procedure uit het ruwe feitenmateriaal worden geconstrueerd, zo heb ik in 5.3.3 laten zien, heeft de werkelijkheid een gradueel karakter. Sommige feiten zijn overtuigender en aannemelijker dan andere en het ene feit bevat andersoortige informatie dan het andere feit. Hierdoor hebben feiten dus een verschillende betekenis voor de begrip van de casus. Illustratief in dit verband is het onderscheid dat Mullens maakt tussen de stellingen die door de advocaten van partijen in het geding zijn gebracht en het verhaal van partijen achter het juridische geschil. Met de eerste categorie feiten wordt het geding afgebakend. De informatie die Mullens van procespartijen krijgt geeft kleur aan de posities van partijen en helpt hem om te kunnen beoordelen of de stellingen aannemelijk zijn. Mullens heeft beide feiten nodig voor zijn begrip van de casus ‘Niet-betaalde termijnen’.

Naast deze twee categorieën worden in de casus ‘Niet-betaalde termijnen’ en de casussen die in de andere hoofdstukken zijn uitgewerkt door rechter de volgende feiten onderscheiden: (i) (on)aannemelijke feiten, (ii) (ir)relevante feiten, (iii) (on)duidelijke feiten, (iv) (on)ware feiten, (v) juridisch gekwalificeerde feiten en (vi) anderszins “gekwalificeerde” feiten. Met het gebruik van verschillende soorten feiten geeft Mullens inhoud aan de retorische praktijk van feitenconstructie. De kwalificatie van de verschillende feiten gaat spontaan en ligt besloten in het taalgebruik. De rechter ‘ziet’ bijvoorbeeld dat een feit aannemelijk of relevant is. De criteria voor relevantie en aannemelijkheid worden niet geëxpliciteerd maar liggen besloten in de retorische praktijk van de feitenconstructie.

Risico’s

Voor het feitenonderzoek is de rechter afhankelijk van hetgeen procespartijen en hun advocaten aandragen. Deze afhankelijkheid van procespartijen maakt het feitenonderzoek buitengewoon kwetsbaar. Deze kwetsbaarheid vertaalt zich in de casus ‘Niet-betaalde termijnen’ in twee soorten risico’s.

In de eerste plaats geven de advocaten van de procespartijen onvoldoende inzicht in het feitelijke verloop.⁶⁵ Zoals Mullens zegt: “*De gepresenteerde feiten zijn eigenlijk het verhaal van de*

65 Zie de afscheidsrede van Van Dunné (2006; pp. 22 e.v.) voor een aantal mooie voorbeelden uit zijn eigen rechts- en arbitragepraktijk waarin hij met misleidende getuigenverklaringen is geconfronteerd. Eén van de voorbeelden gaat over een aanvaring tussen twee schepen waarin tegenstrijdige getuigenverklaringen zijn afgelegd. Dit is archetypisch voor deze categorie zaken en Rotterdamse rechters weten inmiddels dat “er nooit zo veel gelogen wordt als bij aanvaringszaken.” Gezien de – technische – complexiteit van dergelijke zaken, hebben ook advocaten vaak niet door dat – bewust of onbewust – onjuiste verklaringen worden afgelegd of

advocaten die weten hoe ze een zaak juridisch handig kunnen presenteren.” Ook trekken advocaten soms bewust of onbewust een rookgordijn op. In zo’n geval ligt de kern van een zaak op een heel andere plek dan waar de advocaat de nadruk op legt. Dit dwaalspoor is in tweeërlei opzicht een grote bedreiging voor de legitimiteit van de rechtsvindingspraktijk. Een rechter die te makkelijk meegaat met één van de advocaten of zich om de tuin laat leiden, verricht niet alleen een gebrekkig feitenonderzoek, hetgeen de legitimiteit van het concrete oordeel aantast, maar wordt tevens speelbal van partijen. Dit risico wordt nog eens vergroot als de advocaat van de wederpartij onvoldoende tegendruk biedt. De rechter heeft niet langer de regie over de procedure, terwijl een rechter zijn gezag juist ontleent aan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid. De rechter die gemakzuchtig, goedgelovig en slordig tegenover het door partijen aangereikte feitenmateriaal staat, verliest aan vertrouwen en legitimiteit. Deze legitimiteit heeft niet alleen betrekking op het oordeel in het concrete geval maar raakt bovenal de persoonlijke integriteit van de rechter. “We know that by acting upon a particular situation we put ourselves on the line: our reputation for trustworthiness, reliability, and sound judgement” (Wagenaar en Cook, 2005: p. 17). Mullens is beducht voor deze potentiële reputatieschade en neemt daarom een kritische houding tegenover het door advocaten gepresenteerde feitenmateriaal in. Daarom verifieert hij op de comparitie bij procespartijen wat er feitelijk gebeurd is. Deze informatie plaatst het door de advocaten gepresenteerde feitenmateriaal in een context en helpt hem bij de beoordeling en waardering van deze feiten.

Een tweede risico is dat partijen veel stellen maar weinig kunnen bewijzen. Partijen “roepen” allerlei dingen die ze vervolgens niet kunnen waarmaken. Mullens spreekt in dit verband van “onzuiver procederen” en “partijen doen rare dingen en hebben eigenlijk een zwak verhaal.” De discrepantie tussen de stellingen en het bewijsmateriaal plaatst het feitenmateriaal in een onzeker daglicht en doet de vraag rijzen of de stellingen en weren ongelukkig verwoord zijn of dat partijen eigenlijk geen bewijs hebben. Omdat partijen zo slecht procederen, mist Mullens een *horizon* waaraan hij de aannemelijkheid van de verschillende lezingen van het feitencomplex kan beoordelen. Bovendien vindt Mullens dat hij nog onvoldoende ervaring heeft om te kunnen beoordelen wanneer een stelling voldoende betwist is. Hij heeft nog te weinig *feeling* om onderscheid te kunnen maken tussen enerzijds stellingen en weren die ongelukkig zijn opgeschreven en anderzijds stellingen en weren die niet gesteund worden door bewijs.

feiten verzwegen worden. Dit gegeven vereist van rechters een kritische houding ten aanzien van getuigen en getuigenverklaringen.

De beslissing

‘De logica. Maar sinds wanneer speelt die bij menselijke beslissingen een rol?’ – J. Saramago⁶⁶

6.1 Inleiding

De rechterlijke beslissing wordt door velen beschouwd als het logische sluitstuk van het feitenonderzoek en de juridische waardering van de feiten. Jaspers en Vranken (1974: p. 448) verwoorden deze algemene opvatting als volgt: “In haar eenvoudigste formulering is de opgave van de rechtsvinder de beoordeling van een feitelijke situatie naar een rechtsnorm. Zijn feiten en normen bepaald en vastgesteld, dan is de conclusie, de beslissing niet moeilijk meer.” De beslissing en haar totstandkoming hebben in deze visie geen zelfstandige status. Een enkele auteur zoals de rechtspsycholoog Wagenaar (2006: p. 10) onderscheidt de beslissing niet eens als een zelfstandig onderdeel in het proces van rechterlijke oordeelsvorming.

Deze rationalistische opvatting van rechterlijke oordeels- en besluitvorming is in de literatuur ruimschoots weerlegd. Holmes, Scholten en anderen hebben op overtuigende wijze laten zien dat de rechterlijke beslissing als een daad, als een zelfstandig onderdeel van de oordeelsvorming, moet worden beschouwd. Deze daad is niet logisch te herleiden uit de feiten en de rechtsregels, maar moet door de rechter zijn gewild. Met behulp van een sprong moet de onkenbare leegte tussen de regels en de feiten enerzijds en de beslissing anderzijds worden overbrugd. In de contemporaine rechtstheorie is deze opvatting inmiddels gemeengoed; in het algemene gedachtegoed steekt de rationalistische benadering van rechterlijke oordelen evenwel nog regelmatig op.

In dit hoofdstuk zal ik aandacht besteden aan het besluitvormingsproces en de elementen die in dat proces een rol spelen. Net als in de voorgaande hoofdstukken, zal ik beginnen met een casus, in dit geval de casus ‘Kerstversiering’, een zaak waarin de ontruiming van een bedrijfsruimte centraal staat. In paragraaf 6.3 zal ik vervolgens laten zien welke interactie plaatsvindt tussen de rechter en de setting – de werkomgeving – waarbinnen de beslissing tot stand komt. Oordeelsvorming, zo zal ik demonstreren, is een proces van groeiende overtuiging zonder een vast eindpunt. Het routinematige karakter van handelingen in de setting van rechterlijke oordeelsvorming komt in paragraaf 6.4 aan bod. In deze paragraaf ga ik nader in op de ver-

66 Saramago (2005: p. 253)

houding tussen collectieve routines en individueel handelen en op het aan Pierre Bourdieu ontleende begrip *habitus*. Paragraaf 6.5 is gewijd aan kennis die een rechter aanwendt bij zijn besluitvorming. Bijzondere aandacht wordt besteed aan het door John Dewey geïntroduceerde begrip *knowing* (praktisch kennen) en spel- of situatiegevoel. In paragraaf 6.6 ga ik dieper in op het morele karakter van rechterlijke beslissingen en het gebruik van praktische wijsheid. De casus ‘Kerstversiering’ wordt in paragraaf 6.7 geanalyseerd.

Zoals in voorgaande hoofdstukken ook al aan orde is geweest, hebben processen van besluitvorming een holistisch karakter, waardoor de verschillende dimensies van rechterlijke oordeelsvorming niet goed van elkaar gescheiden kunnen worden. De feiten kunnen niet los van de regels worden geconstrueerd en *vice versa*, en bij de interpretatie van het recht en het feitencomplex werpt de beslissing haar schaduw vooruit. Omwille van een inzichtelijke argumentatie is gekozen voor een gescheiden bespreking van de regels, de feiten en de beslissing. In de praktijk is een dergelijk onderscheid echter niet mogelijk. De onderwerpen die in dit hoofdstuk aan de orde komen (gesitueerd handelen, het routinematige karakter van beslissingen, de rol van kennis bij beslissingen en morele oordeelsvorming) hebben dan in belangrijke mate ook betrekking op de interpretatie van het recht en de feitenwaardering. Hierdoor heeft dit hoofdstuk enigszins het karakter van een ‘verzamelhoofdstuk’.

6.2 Kerstversiering

Rechter Hans van Veen en griffier Maarten Bos behandelen een ontruimingskort-geding.⁶⁷ Van Veen heeft na een vijftienjarige carrière in de advocatuur de overstap gemaakt naar de rechterlijke macht. Bos heeft een aantal jaren als juridisch medewerker bij een advocatenkantoor gewerkt en is sinds 2003 werkzaam bij de rechtbank Middelstad als kortgedinggriffier. Inzet van het kort geding is de ontruiming van een bedrijfspand gelegen aan de provinciale weg van Achterdam naar Middelstad. Sinds 1999 huurt De Vries deze opslagloods en bijbehorend kantoor van Hessels. Hessels heeft op hetzelfde terrein drie panden waarin zijn eigen zaak in het onderhoud en de verkoop van bedrijfswagens gevestigd is. De Vries gebruikt de loods voor verschillende bedrijfsactiviteiten, waaronder de opslag en verkoop van kerstversiering. De huurder houdt een aantal vennootschappen. De vennootschap die het bedrijfspand huurde, is eind 2003 failliet gegaan. Daarvoor huurde De Vries het pand op eigen naam. De moedervennootschap De Vries bv heeft begin 2004 de huur overgenomen van de failliete vennootschap. Hessels heeft de loods met ingang van 2007 nodig voor zijn eigen onderneming en is met De Vries overeengekomen dat de huur afloopt tegen het einde van 2006.

⁶⁷ In mijn onderzoek bij de rechtbank Middelstad heb ik de behandeling van de voorlopige voorziening en het daarop volgende raadkameroverleg geobserveerd. De namen van betrokkenen en referenties die tot de zaak kunnen herleiden, zijn gefingeerd. Het vonnis in deze zaak is niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

Bij het aangaan van de huur heeft huurder De Vries de verwaarloosde opslagruimte na overleg met Hessels opgeknapt. Deze verbouwing kostte toentertijd 100.000 gulden. Na de cafébrand in Volendam zijn de eisen voor het gebruik en de opslag van kerstmateriaal aangescherpt. Met ingang van eind 2004 zijn verkopers van kerstmateriaal onder andere verplicht om hun koopwaar op te slaan in ruimte voorzien van een sprinklerinstallatie. Voor de bouw van deze installatie en aantal andere verbeteringen heeft De Vries in december 2002 een bouwvergunning aangevraagd. In juni 2004 is hij begonnen met de bouwactiviteiten om op tijd aan de wettelijke verplichtingen te voldoen. Deze bouwactiviteiten hebben de aandacht van de verhuurder getrokken die niet op de hoogte was van deze bouwplannen ondanks dat zijn bedrijfspand op hetzelfde terrein staat. Ook bij de overgang van het huurovereenkomst van de failliete bv naar de moeder vennootschap begin 2004 heeft De Vries niets gezegd over zijn voornemens om wijzigingen aan te brengen aan de loods. In de ogen van Hessels gaat het om een ingrijpende wijziging waarvoor zijn expliciete toestemming vereist is. Omdat hij deze toestemming niet gegeven heeft en de huurder de bouwactiviteiten niet wil staken, heeft Hessels ontruiming gevorderd. Ten tijde van het kort geding waren de bouwactiviteiten nog gaande.

Zoals vaker het geval bij een kort geding hebben de rechter en de griffier slechts de beschikking over een zeer summier dossier. In dit geval alleen een dagvaarding. Omdat partijen de huurovereenkomst nooit op papier hebben gezet, is niet helemaal duidelijk welke afspraken onderling gemaakt zijn. De kortgedingzitting verloopt hierdoor ook wat moeizaam. In onderstaande transcriptie wordt het overleg tussen de griffier en de rechter weergegeven dat aansluitend op de mondelinge behandeling in de zittingszaal plaatsvond.

Griffier: "De eerste vraag die we moeten beantwoorden, is wie de huurder is. Als De Vries zelf huurder is, dan houdt het op. Overigens denk ik dat bv de huurder is."

Rechter: "De huurovereenkomst is door contractsovername overgegaan van De Vries als natuurlijk persoon naar De Vries bv. Dat lijkt me een uitgemaakte zaak. Dan krijg je de vraag hoe de verbouwing gegaan is. Verhuurder wist niet van die verbouwing."

Griffier: "De verhuurder moest het eerder weten. Ik denk dat de verhuurder heeft zitten wachten. Het gaat haast richting rechtsverwerking."

Rechter: "Verhuurder heeft bezwaar tegen de verbouwing. Dat verhuurder onbekend was met de installatie van het sprinklersysteem wordt niet betwist door de huurder. Dat hij het eerder wist, kunnen wij niet zeggen. Dan vullen we de feiten aan. Hij moest wel weten dat de eisen ten aanzien van de opslag van kerstmateriaal zijn aangescherpt. Dat wist iedereen. Maar ja, de huurder heeft het nooit over de sprinklerinstallatie gesproken. Deze verbouwing kost € 10.000."

Griffier: *“Het is de vraag of het een ingrijpende verbouwing betreft. Dat is me niet helemaal duidelijk. De advocaat van de huurder heeft het over een doosje in een doosje. Als het een ingrijpende verbouwing is, dan zou de huurder er uitmoeten. Is dat redelijk? Als de huurder eruit moet dan lijdt hij schade. Heeft hij dat aan zichzelf te danken?”*

Rechter: *“Laten we even van de feiten uitgaan die ik relevant vind. Er is sprake van een verbouwing van de opslag van kerstspullen. Hiervoor heeft de huurder geen toestemming gevraagd aan de verhuurder. Het is een begin van een ingrijpende verbouwing. Huurder heeft in deze verbouwing geïnvesteerd. Volgens mij is er sprake van een tekortkoming in de naleving van de huurovereenkomst. Deze tekortkoming is echter onvoldoende zwaarwegend voor ontruiming. Heb je overigens nog overleg gehad met een kantonrechter voorafgaand aan deze zaak?”*

Griffier: *“Dat heb ik niet gedaan.”*

Vervolgens slaan rechter en griffier in ‘Tekst en Commentaar’ de tekst van de relevante wettelijke bepalingen er op na. De korte discussie tussen rechter en griffier is niet verstaanbaar.⁶⁸

Griffier: *“Dat [=relevante bepaling] zou ik verder moeten uitzoeken. De toelichting bij de wettekst schrijft voor dat je moet slaan en slopen wil er sprake zijn van de verwijdering van een ingrijpende wijziging. Anders kijk ik of ik jurisprudentie kan vinden waarin het begrip ingrijpende wijziging is uitgewerkt.”*

Rechter: *“Ja, doe dat. Ga ook bij de sector kanton langs om dit probleem te bespreken.”*

Griffier: *“Dat is geen probleem. Ik ken daar inmiddels wel wat mensen. Overigens is een ontruiming onbevredigend?”*

Rechter: *“Het brengt extra kosten met zich mee voor de huurder. Wat is eigenlijk de achtergrond van deze bepaling.”*

Griffier: *“De eigenaar of verhuurder wil kunnen beschikken over zijn eigendom. Huur is slechts een gebruiksrecht.”*

Rechter leest de toelichting bij artikel 7:215BW.

68 De rechter en de griffier spreken over artikel 7:215 BW. Deze bepaling schrijft voor dat voor veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde voorafgaande schriftelijke toestemming van de verhuurder vereist is. Deze toestemming hoeft niet gegeven te worden voor veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde die bij het einde van de huur zonder noemenswaardige kosten kunnen worden verwijderd.

Rechter: "Ik zou zeggen dat de bouw van de sprinklerinstallatie in strijd is met het artikel, maar dat het niet ingrijpend genoeg is. We moeten deze zaak vanuit het toetsingskader van een kort-gedingprocedure beoordelen. Dat is beperkt. Bovendien heeft ontruiming dusdanig ingrijpende gevolgen voor een eventuele bodemprocedure. De huurder heeft een matig onderhouden pand verbouwd en behoorlijk opgeknapt. Als verhuurder kan je niet zeggen zodra dit pand helemaal opgeknapt is, kip ik heb je. Je moet zeker weten dat verhuurder het niet eerder wist. Mijn kompas zou zijn, dat de verbouwing in strijd is met artikel 215, maar dat de verbouwing onvoldoende ingrijpend is. Er zijn toch geen andere feiten?"

Griffier: "Nee."

Rechter: "Oké, dan ga ik die kant op."

Griffier: "Het voelt wel goed, want verhuurder kan nog een bodemprocedure beginnen."

Rechter: "Dat klopt. Bovendien vind ik het wel van belang dat de huurder het pand grondig verbouwd heeft en in welke deplorabele staat hij het pand aantrof aan het begin van de huur. Dat zou anders zijn als hij een gloednieuwe loods gehuurd had. Overigens is het pand nog steeds in slechte staat. Dat blijkt uit de foto's die ik zojuist te zien kreeg."

6.3 De beslissing als gesitueerd handelen

Het werk van rechters speelt zich af in een concrete, organisatorisch context: een rechter heeft zijn eigen werkkamer op de rechtbank, zijn teamleider verdeelt wekelijks de nieuwe zaken, op zijn bureau ligt een aantal lopende dossiers, dinsdag is zijn vaste zittingsdag, maar hij springt op andere dagen ook nog wel eens bij voor een kort geding, hij wordt tijdens een comparitie geconfronteerd met procespartijen die hun positie hebben bepaald en de advocaten van partijen hebben deze stellingnamen in een mooie juridische verpakking gestopt. Al deze elementen geven de grens en de inhoud van het werk van een rechter aan. Maar het begrip 'context' is tamelijk triviaal en weinig informatief als het louter beschouwd wordt als de organisatorische afbakening van het werkterrein van rechters (Wagenaar, 2004: p. 13). Als we een context daarentegen beschouwen als een samenhangend, zich voortdurend ontwikkelend, dynamisch stelsel van onderlinge betrekkingen, dan krijgt een context meer heuristische waarde (Hartendorp en Wagenaar, 2004: p. 71). Zo bezien is het handelen van een actor niet autonoom ingegeven, maar vormt het een geïntegreerd geheel met de fysieke en bovenal sociale omgeving waarin hij opereert. De relaties in een dergelijk systeem zijn talrijk, veelvoudig en voortdurend in beweging.

In deze paragraaf zal ik nadere uitwerking geven aan het handelingskarakter van rechterlijke beslissingen. De wijze waarop een rechter zich verstaat met zijn omgeving – de setting – wordt in 6.3.1 uitgewerkt. Vervolgens zal ik in subparagraaf 6.3.2 laten zien dat de rechter en zijn taakomgeving een onlosmakelijk geheel vormen. Daarna besteed ik in 6.3.3 aandacht aan besluitvorming als een proces van groeiende overtuiging. In dit proces laat de rechter zich voeden door en maakt hij gebruik van zijn handelingscontext.

6.3.1 Setting

Setting

Om het bijzondere, dynamische karakter van een context te benadrukken, wordt ook wel gesproken over een setting (Lave, 1988). Dit begrip verwijst naar het actieve, continue karakter van de betrekkingen die actor onderhoudt met zijn relevante taakomgeving. Ook worden die betrekkingen bepaald door de oogmerken en de inzichten van de actor zoals die voortkomen uit de taak waarvoor hij zich gesteld ziet. De actor reageert dus niet passief op de ‘constraints’ van zijn context; de connotatie van het begrip ‘setting’ is nu juist dat de actor doelgericht die elementen van zijn omgeving selecteert die relevant zijn voor de taak waarvoor hij zich gesteld ziet. Anders gezegd: de actor ‘verstaat zich’ met zijn omgeving (Wenger, 1998: p. 53; Hartendorp en Wagenaar, 2004: p. 71).⁶⁹ Dit zich verstaan is meestal een routinematige aanleggenheid, gebaseerd op gewoonte en ervaring, die improvisatie en momentane aanpassing echter niet in de weg staat als de situatie daar om vraagt.⁷⁰

Een rechter is, net als andere actoren, actief georiënteerd op elementen in een setting die van betekenis zijn voor het realiseren van zijn taak, *in casu* de beslechting van het geschil tussen partijen. “Instead of passively reacting to the constraints of a particular context, the term “setting” denotes that the actor purposively seeks out those elements of her environment that are relevant to the task at hand” (Wagenaar, 2004: p. 14). Een probleem, de betekenis en de effecten van de handelingen van de actor worden niet *afgeleid* uit de *setting*, maar worden al doende *gevormd*. De actor roept een context in het leven die het mogelijk maakt te handelen; zijn handelen wordt afgestemd op de context en *vice versa* (Hartendorp en Wagenaar, 2004: p. 72). Ter illustratie van dit beginsel voer ik het volgende citaat van een Middelstadse rechter op waarin de interactie tussen de actor en de setting goed te zien zijn: “Je gaat altijd naar de zitting toe met een bepaald beeld. Tijdens de comparitie laat je partijen eerst eens zelf praten. Na

69 ‘Zich verstaan met’ is een – vrije – vertaling van de Engelse begrippen *negotiation* of *to negotiate*. Met deze vertaling wordt het actieve, vormende karakter van de setting benadrukt.

70 Zie 6.4 voor een verdere uitwerking van het routinematige en momentane karakter van het rechterlijk handelen.

een tijdje krijg je bijvoorbeeld het idee dat de gedaagde aan het kortste eind trekt. Dan heb ik de neiging om nog even alle gegevens die ik nodig heb voor de beslissing van die gedaagde te vragen. Dan ga ik mijzelf meer richten op die gedaagde. En dan ga ik bij de eiser uitlokken om daar dan weer op te reageren. [...] Doe ik dat niet, dan breng ik mijzelf in de problemen.”

In het begrip ‘setting’ wordt de dichotomie tussen de context als een vast, waarnemer-onafhankelijk systeem van structuren en ‘randvoorwaarden’ die de actor beïnvloeden enerzijds en de opvatting dat context het product is van de interactieve ervaringen van actoren anderzijds, opgeheven.⁷¹ “The practice situation [=setting] is neither clay to be molded at will nor an independent, self-sufficient object of study from which the inquirer keeps his distance” (Schön, 1983: p. 150). In het begrip ‘setting’ vindt een synthese plaats van een deterministisch en een constructivistisch begrip van de relatie tussen een actor en zijn context. “One has system without individual experience, the other experience without system” (Lave, 1988: p. 150). Deze middenpositie sluit het beste aan bij de wijze waarop de verhouding tussen een handelende actor en een setting in de praktijk vorm krijgt. Deelnemers die in eenzelfde context participeren, reageren verschillend op vergelijkbare situaties en nemen verschillende beslissingen. Aan al het handelen gaan (onbewuste) keuzes vooraf en uit de rechtspraktijk weten wij dat over vergelijkbare gevallen verschillend beslist kan worden. Anderzijds zien wij dat het handelen en het denken van deelnemers in een handelingspraktijk langs herkenbare patronen verlopen. Bovendien ervaart iedereen in de dagelijkse praktijk de robuustheid van de setting waarin hij opereert. In een constructivistische benadering wordt nauwelijks geappelleerd aan deze (gepercipieerde) robuustheid.

Embodied agent

Menselijke waarnemingen en gedachten kunnen niet worden losgezien van een participatie in de werkelijkheid. Voor een perceptie van de werkelijkheid is allereerst noodzakelijk dat de

71 In het onderscheid tussen het determinisme en het constructivisme komt het algemene sociaalwetenschappelijke debat tussen structuralisten en individualisten terug. De structuralisten zoeken het primaat van het sociaal handelen bij het collectief. Sociaal-maatschappelijke rollen, routines, regels en normen schrijven voor hoe individuen in concrete sociale situaties moeten handelen. De individuele sociale handeling is in deze benadering niet meer dan een mechanische, gedetermineerde executie van die (sociale) regel. Tegenover het structuralisme staat het individualisme. In deze benadering wordt de oorsprong van het sociale handelen bij de rationele mens gezocht. De drijfveren voor (sociaal) handelen liggen bij het individu die in concrete situaties in vrijheid afwegingen en keuzes maakt. Op beide benaderingen hebben Bourdieu (1977: p. 72 e.v.) en anderen fundamentele kritiek geuit. De mens is weliswaar een sociaal wezen wiens handelen voor een deel langs vaste sociale patronen verloopt, dit neemt niet weg dat alle situaties in meer of mindere mate improvisaties en een actualisering van de algemene norm vereisen. Tegelijkertijd is voor haar betekenis en effectuering noodzakelijk dat een concrete sociale handeling aansluit bij collectieve patronen of een gedeeld normen- of begrippenkader. Sociaal handelen kan dan ook alleen tot stand komen in een dialectische relatie tussen het objectivisme en het subjectivisme (Bourdieu, 1990: p. 126) of een *dialectic of the internalization of the externality and the externalization of the internality* (Bourdieu, 1977: p. 72).

actor vanuit een sociaalhistorisch ontwikkeld voorbegrip open staat voor die werkelijkheid, zo heb ik in de voorgaande hoofdstukken laten zien. Zonder dit perspectief blijft de werkelijkheid amorf en betekenisloos. Zo moet ik, om mij gericht te kunnen voortbewegen, onder andere weten wat achter, voor, onder, boven, dichtbij en ver weg is. Deze oriëntatiepunten of –richtingen zijn echter niet rechtstreeks gerelateerd aan de positionering van mijn lichaam ten opzichte van de omgeving. Boven is dus niet per definitie waar mijn hoofd is, hetgeen bijvoorbeeld het geval is als ik op bed lig of mij vooroverbuig. Om mijzelf te kunnen oriënteren heb ik dus extra, buiten mijzelf gelegen, referentiepunten nodig. Het hieronder verder uitgewerkte concept *embodied agency* helpt om dit inzicht te begrijpen.

De mens is naar zijn aard een *être-au-monde* die open staat voor de wereld en erop gericht is te handelen in die wereld (Merleau-Ponty, 1945). Onze oriëntatie in een fysieke en/of sociale context is afhankelijk van de mogelijkheden om binnen een bepaald terrein te bewegen en te handelen. “I have to maintain myself upright to act, or in some way align my posture with gravity. Without a sense of “which way is up”, I falter into confusion. My field has an up and a down because it is the field of an agent of this kind. It is structured as a *field of potential action*. [...] We perceive the world, in other words, or take it in, through our capacities to act in it” (Taylor, 1995c: pp. 23 - 24). Dit handelingsperspectief is bepalend voor onze kijk op de wereld en denken kan dus alleen plaatsvinden in een handelingscontext (Logister, 2004: p. 66). Zo kijkt een rechter naar een zaak met de wetenschap dat hij uiteindelijk een beslissing moet nemen; hij benadert het procesdossier, de opmerkingen van partijen tijdens de zitting en het recht vanuit dit beslissings- of handelingsperspectief.

Waarnemingen zijn dus direct verbonden met een doelgerichte participatie in een concrete, actuele *setting*. Met zijn participatie beoogt de handelende actor een resultaat of verandering te realiseren. De ontwikkeling van inzicht in de situatie verloopt parallel met het nastreven van de beoogde verandering (Schön, 1983: p. 151 “But a field of this structure can be only experienced by an embodied agent. It is essentially the perceptual field of such an embodied agent” (Taylor, 1995: p. 24).). Alleen een handelende actor, de *embodied agent* genoemd, kan dit ervaren. Vanuit het perspectief van de *embodied agent* is de principiële scheiding tussen handelen–denken en subject–object, zoals wij die kennen uit de dualistische traditie, niet langer houdbaar. De participatie in een zaak krijgt haast een fysieke dimensie; de rechter moet de feiten *voelen* om een beslissing te kunnen nemen, vertelde een Middelstadse rechter.

Dialoog en back talk

De verhouding tussen de actor en de setting heeft het karakter van een doorlopende dialoog. Net als in een echt gesprek “reageert” de situatie op uitingen of interventies van de actor. Er sprake is van een *back talk* (Schön, 1983: p. 79) en een *hearing back* (Cook en Brown, 1999) van de situatie. De dialoog tussen de actor en de context is zowel expliciet als impliciet en verloopt veelal vloeiend maar soms schoksgewijs. De actor probeert via zijn handelen een

situatie in het leven te roepen die dit handelen mogelijk maakt. Vervolgens “reageert” de situatie op deze interventie, praat terug en laat de actor als het ware weten wat wel of niet mogelijk is. Deze *back talk* bevat vaak onverwachte en verrassende elementen, zoals hieronder met een voorbeeld uit het onderzoeksmateriaal zal worden gedemonstreerd. Actoren “can never make a move which has only the effects intended for it. [The context is] continually talking back to him, causing him to apprehend unanticipated problems and potentials. As he appreciates such new and unexpected phenomena, he also evaluates the moves that have created them” (Schön, 1983: pp. 100-1).

De context toont in de *back talk* zowel zijn flexibiliteit als robuustheid. Om intelligent, responsief handelen mogelijk te maken, luistert de handelende actor naar “reactie” van de context. Tegelijkertijd verandert de situatie door de interventie van de actor. Anders gezegd, de actor stemt zijn handelen af op de voortdurend in ontwikkeling zijnde situatie, waardoor handelen en context als het ware in elkaar opgaan. In de meeste gevallen vallen de handelingen en de evaluatie van de effecten van deze handelingen samen. Gesitueerd handelen “should be treated as thought and action together” (Barnes, 2001: p. 20). Via de *back talk* van de situatie reflecteert de rechter op zijn eigen handelen. Schön illustreert de werking van de *back talk* met de totstandkoming van een architectonisch ontwerp. “In a good process of design, this conversation with the situation is reflective. In answer to the situation’s back-talk, the designer reflects-in-action on the construction of the problem, the strategies of action, or the model of the phenomena, which have been implicit in his moves” (Schön, 1983: p. 79). De casus ‘Fietsongeval’ bevat een aantal prikkelende illustraties van *back talk* van de rechtspraak. De procespartijen Binnendijk en Koederaai en rechter De Jong zijn via een doorlopend vraag- en antwoordspel met elkaar *verbonden*. Opmerkingen van partijen geven aanleiding tot nieuwe vragen en de procespartijen reageren op elkaar. Om effectief te kunnen optreden, is vereist dat actoren zich kunnen verplaatsen in anderen en open staan om beïnvloed te worden door andere gezichtspunten zoals, in het geval van de rechtspraak, de procederende partijen (Wagenaar en Cook, 2005: p. 18). Via de dialoog stemt de actor zijn handelen af op de context en vormt de context zich naar de handelingen van de actor.

Rechters maken doelbewust gebruik van de *back talk* van een situatie. Ik zal dit illustreren met een voorbeeld uit mijn onderzoek. Tijdens een comparitie in een zaak over schade als gevolg van een foutief opgestelde accountantsverklaring, brengt de advocaat van de accountants – de gedaagden in deze zaak – een financieel overzicht met onder andere loonbetalingen in het geding. De rechter bekijkt het overzicht en stelt daarna de advocaat van eiseres in de gelegenheid het stuk te bestuderen. De advocaat van de gedaagden doet het voorstel om door te gaan met de zitting en dit stuk door de bode te laten kopiëren. Hierop zegt de rechter dat hij een *déjà vu* gevoel heeft en vraagt of dezelfde advocaat vorige week in een andere zaak niet hetzelfde voorstel gedaan heeft. Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord door de raadsman, moeten zijn eigen cliënten – de accountants – lachen. Na afloop van de comparitie vertelde rechter dat hij deze opmerking maakte om te toetsen hoe de sfeer bij partijen was.

Als er om iets dergelijks gelachen kan worden, dan is de sfeer goed. Dit kan een teken zijn dat gedaagden eerder bereid zijn om de zaak te schikken. Soms komt het wel eens voor dat een dergelijke opmerking verkeerd valt en de sfeer tussen partijen verder verslechtert. Ook dat is belangrijke informatie voor de rechter. Een rechter experimenteert dus met en in de context (Schön, 1983: p. 141). De informatie die deze experimenten opleveren, gebruikt een rechter om zijn oordeel te vormen en geleidelijk in de context te laten groeien. Tevens probeert hij een dusdanige setting te construeren, dat een effectieve handeling, dat wil zeggen een acceptabele beslissing, mogelijk wordt.

In de rechtspraak is er in veel gevallen geen sprake van fysieke participatie in een situatie en reageert de context indirect op het (gedachten)experiment van de rechter. Het schrijven van een vonnis, ogenschijnlijk een bezigheid die in *splendid isolation* wordt uitgevoerd, is een voorbeeld van een participatie die zonder directe interactie met anderen geschiedt (Wenger, 1998: p. 57). Toch zien wij dat rechters in dit schrijfproces een doorlopende dialoog met het drievoudige auditorium van procespartijen, het juridisch discours en de publieke opinie voeren (Boukema, 1997: p. 194). Zo vertelde een rechter van de rechtbank Middelstad in een interview dat “*je een bepaald idee kunt hebben over een zaak, maar als je ze begint op te schrijven kom je er achter of jouw idee wel of niet stand houdt. Soms moet je jouw idee over de zaak bijstellen inderdaad.*” Tijdens het schrijven van het vonnis ‘praat’ het meervoudige auditorium terug en geeft aan welke beslissing wel en welke niet acceptabel is.

Overigens moet worden benadrukt dat ook de *back talk* van de situatie geen volledige zekerheid over de juistheid of het effect van zijn handelen kan opleveren. De *back talk* en andere afstemmingsmechanismen zorgen alleen voor een wederzijdse afstemming tussen de handelende actor en de setting waarin hij opereert (Schön, 1983: p. 150). *Back talk* levert weliswaar informatie op, maar ook deze informatie is niet volledig en definitief. Zo bleken de accountants uit het bovenstaande voorbeeld uiteindelijk niet bereid om de zaak te schikken, ondanks dat de opmerking van de rechter in goede aarde viel.

6.3.2 De actor vormt een onlosmakelijk geheel met zijn omgeving

De voorbeelden uit de vorige subparagraaf hebben laten zien dat voor zover onderscheid gemaakt kan worden tussen een actor en zijn omgeving, dit onderscheid slechts gradueel is. Dit beginsel geldt voor alle actoren en alle functies. De pragmatistische denker John Dewey gebruikt het voorbeeld van de longfunctie. Door in- en uit te ademen integreert het organisme met de omgeving waarin het leeft (Dewey, 1938: p. 25). Zonder deze omgeving, dus zonder de zuurstof in de lucht, zou het organisme niet kunnen overleven. Het organisme heeft zijn omgeving nodig en heeft functies ontwikkeld om datgene te verkrijgen uit de omgeving wat het nodig heeft. Een organisme leeft daarom niet *in* maar “by means of an environment” (Dewey,

1938: p. 25). De mogelijkheden die de omgeving biedt zijn hierdoor medebepalend voor de typische eigenschappen van een organisme.

De zojuist beschreven verhouding tussen de actor en zijn omgeving is ook van toepassing op sociale functies. De sociale actor is zowel het product als de auteur van zijn sociale omgeving (De Been, 2005: p. 20). Zo is een rechter voor zijn eigen taakuitoefening afhankelijk van de zaak die hij in behandeling heeft, de stellingen en weren die procespartijen opvoeren en de (inter)actie met partijen. Tegelijkertijd krijgt de behandeling van een geschil haar specifieke vorm door interventies van de rechter zoals een bewijsopdracht, vragen tijdens de comparitie of een getuigenverhoor. De positie en het handelen van de rechter is dan ook onlosmakelijk verbonden met andere actoren die in zijn directe omgeving opereren.

Dewey spreekt dan ook over een systeem waarin actor en omgeving geïntegreerd zijn, het zogenaamde *organism/environment system*. De werkelijkheid is een eenheid waarvan de denkende en handelende mens samen met zijn omgeving deel uitmaakt (Logister, 2004: p. 52). Er is dan ook geen sprake van een keten van onafhankelijke reacties, maar een toestand waarin de actor in relatie tot zijn omgeving verkeert (Dewey, 1938: p. 31). Het onderkennen van een verstoring van het systeem en de (vereiste) reactie van de rechter zijn verschillende kanten van dezelfde medaille. Het onderscheid tussen stimulus en respons of rede en impuls, zoals dat in het traditionele rationeel-positivistische denken gemaakt wordt, is louter van analytische betekenis en kan alleen *ex post* worden gemaakt (Van Dunné, 1973/2006: p. 691). Alleen in retrospectief kan worden vastgesteld dat er sprake was van een prikkeling die een aantal reacties opriep. De stimulus is dan ook “simply the earlier part of the total coordinated serial behaviour and the response the later part” (Dewey, 1938: p. 30).

De onbalans in het systeem wordt door Dewey een situatie genoemd. “Situations, occurring in the ongoing activities of some given organism/environment system, are instances of episodes (or “fields”) of disequilibrium, instability, imbalance, disintegration, disturbance, dysfunction” (Burke, 1994: p. 22). Om desintegratie te voorkomen zal de balans in het systeem hersteld moeten worden (Burke, 1994: p. 31). *Inquiry* is het proces dat een actor doorloopt om een oplossing te realiseren.⁷² “Inquiry is the controlled or directed transformation of an indeterminate situation into one that is so determinate in its constituent distinctions and relations as to convert elements of the original situation into a unified whole” (Dewey, 1938: pp. 104-5). Benadrukt moet worden dat het proces van onderzoek meer is dan het *analyseren* van de situatie en het bedenken van een *oplossing*. Het onderzoek omvat het hele proces van de herkenning van een situatie tot het realiseren van de oplossing. Het systeem wordt via een proces van onderzoek weer in balans gebracht (Burke, 1994: p. 140). “It is *inquiry* because what motivates us to action is in some sense a query: a problem, a question, a provocative

72 In navolging op Logister (2004: p. 68) vertaal ik *inquiry* als ‘onderzoek’. Zoals hieronder uitgewerkt, heeft dit begrip een specifieke, actiegerichte, betekenis.

insight or troublesome situation. It is *productive* because it aims to produce (to make) an answer, solution or resolution. [...] *Productive inquiry is that aspect of any activity where we are deliberately (though not always consciously) seeking what we need, in order to do what we want to do*" (Cook en Brown, 1998: p. 389).⁷³

Op welke wijze invulling gegeven wordt aan de *directed transformation* is afhankelijk van het aanpassingsvermogen van de actor in relatie tot het onderhavige probleem (Taekema, 2002: p. 35). De casus 'Kerstversiering' bevat een aantal mooie voorbeelden van dit mechanisme. De rechter en de griffier zijn voortdurend gericht stappen aan het zetten die binnen de context van de voorlopige voorziening bijdragen aan de oplossing van het probleem waarvoor zij staan. Het toetsingskader van de voorlopige voorziening is beperkt, benadrukt rechter Van Veen. Er is nauwelijks ruimte voor bewijsvoering en de consequenties van een voorlopige voorziening mogen een eventuele bodemprocedure niet doorkruisen. Deze beperkingen zijn medebepalend voor de wijze waarop de situatie in evenwicht kan worden gebracht.

De rechter zal in beginsel dan ook niet ongericht te werk gaan in zijn onderzoek. "It is not aimless, random, miscellaneous, but purposeful, specific and limited by the character of the trouble undergone" (Dewey, 1950: p. 119). De rechter zal zijn handelingen afstemmen op het te verwachten effect dat deze handelingen hebben, afgemeten aan het doel dat hij wil bereiken, te weten het herstellen van de balans tussen de actor en zijn omgeving. Omdat de onbalans in het systeem een bedreiging voor de actor inhoudt en kan leiden tot desintegratie van het systeem, zal de actor ernaar streven zo snel mogelijk de balans te herstellen.

Om dit doel te bereiken is de actor niet op zoek naar een volledige begrip van de situatie, maar naar een pragmatische constructie waarbij hij redeneert vanuit de gestelde doelen en de (te verwachten) effecten van zijn handelen (Rooze, 1999: p. 221). De handeling en de evaluatie van haar effecten worden direct op elkaar betrokken en vallen meestal in één moment samen. Het (uitblijven van) succes geeft richting aan het handelen. Ook voor de fase van het onderzoek geldt dat er geen principieel onderscheid gemaakt kan worden tussen de handelingen van de actor en de effecten van dit handelen op zijn omgeving. Een handeling is succesvol als de oplossing een duurzaam karakter heeft (Dewey, 1938: p. 13).

Een onderzoek eindigt als het systeem weer in balans is. Onderzoek heeft dan ook een cyclisch karakter. De actor herkent een situatie, gaat op zoek naar een oplossing, handelt, evalueert de effecten van de oplossing, stelt zijn handelen bij, et cetera. Met behulp van zijn kennis probeert de actor de effecten van zijn handelen in te schatten om daarmee het succes van zijn onderzoek te vergroten. Anders dan in de cartesische epistemologie kan de ratio echter niet gezien worden als dé bron van onderzoek, maar slechts als één van de instrumenten – in de rechterlijke oordeelsvorming overigens een zeer belangrijke – die een mens ter beschikking staat (Cook en Brown, 1998: p. 389). Het cyclische proces gaat net zo lang door totdat de

73 De cursivering is van Cook en Brown.

situatie gestabiliseerd is (Burke, 1994: p. 77). In actuele situaties zijn de verschillende fases van een onderzoek niet goed te onderscheiden. Vaak lopen de fases in elkaar over en door elkaar heen.

6.3.3 Besluitvorming als proces van groeiende overtuiging

De pragmatische opvatting van de verhouding tussen de actor en zijn omgeving heeft ook consequenties voor processen van rechterlijke oordeelsvorming. Hieronder zal aandacht worden besteed aan een aantal van deze aspecten.

Drie deelprocessen van besluitvorming

De totstandkoming van een rechterlijk oordeel kan worden beschouwd als een proces van groeiende overtuiging. In de casus ‘Kerstversiering’ kunnen wij zien dat de rechter aan het begin van het raadkameroverleg min of meer open tegen de casus aankijkt waarin hij nog niet expliciet blijk geeft van een voorgenomen oplossingsrichting. In de loop van het raadkameroverleg neemt de overtuiging over een mogelijke oplossingsrichting toe. De rechter noemt drie keer dat er weliswaar sprake is van een tekortkoming, maar dat deze niet zwaar genoeg is voor ontruiming. Net als bij andere processen van onderzoek heeft rechterlijke oordeelsvorming “the more or less helical pattern of a corkscrew” (Burke, 1994: p. 158). De contouren van de beslissing rijzen geleidelijk uit de casus doordat de rechter vanuit verschillende invalshoeken naar de casus kijkt. Of zoals een andere rechter van de rechtbank Middelstad in een raadkamer zei: *“Ik moet wel zeggen hoe meer ik er over nadenk, hoe overtuigder ik raak van de beslissing.”* Dit citaat illustreert dat er sprake is van *coming-to-an-understanding* van de casus en de daarbij horende oplossingsrichtingen, zoals Wagenaar (2007) het noemt, en niet van een logische afleiding van de beslissing uit de feiten en regels.

Dit proces van groeiende overtuiging heeft een dialogisch karakter waarin een rechter een aantal keer (radicaal) van opvatting verandert. Een Kleinstadse rechter beschreef dit proces als volgt: *“En ik maak inderdaad mee in dossiers dat je zwalkend door de zaak heengaat. Dat je denkt, dagvaarding kat in het bakkie. [...] Je leest het antwoord en denkt nou die dagvaarding, daar klopt geen hout van. En ik ga naar de zitting en er komt een heel ander verhaal uit. Daarna krijg je re- en dupliek dan ga je een enquête gelasten en tijdens de enquête val je van de ene verbazing in de andere. En uiteindelijk neem je een beslissing, en het maakt niet uit waar die zit, maar die heeft een heleboel stadia doorgemaakt.”*

Door de dialogische structuur, door het ‘gesprek’ met partijen gaande te houden en door de geestelijke flexibiliteit om een eerdere lezing van de casus in te wisselen voor een andere, beschermt de rechter zich tegen dwalingen. Voor dit proces is van belang dat de rechter in een mentale toestand verkeert waarin hij open staat voor andere lezingen en oplossingsrichtingen. Zo sprak een Middelstadse rechter in relativerende termen over het “gelijk” van partijen. *“Ik*

*heb eigenlijk zo zelden dat ik denk 'één partij heeft gelijk'. Ik heb bijna altijd van 'daar is ook wat voor te zeggen'. Ik herken dan ook niet dat één partij helemaal gelijk heeft en een andere helemaal ongelijk. Dat zie ik weinig.*⁷⁴ Dit proces neemt de vorm aan van een rechtstreekse of indirecte dialoog tussen de rechter en anderen en een 'dialoog' met zichzelf (Hartendorp, 2008). Voor rechtspraak zijn het openstaan voor de ander en andere opvattingen, alsmede het voeren van de dialoog cruciaal.⁷⁵ Deze aspecten vormen dan ook de kern van de rechterlijke professionaliteit.

Het proces van groeiende overtuiging gaat parallel op met de ontwikkeling van begrip van de situatie. Om tot een oordeel te kunnen komen is essentieel dat een rechter de casus op een dusdanige manier begrijpt dat hij een beslissing kan nemen. Zoals in 6.3.1 uitgewerkt, komt het begrip van de rechter als *embodied agent* tot stand in een decor van handelingsmogelijkheden. Het moment waarop de rechter de zaak voldoende begrijpt, valt samen met het moment waarop hij voldoende overtuigd is van zijn beslissing en tot handelen overgaat. Dit begrip heeft een tentatief, niet-finaal karakter en is een imperfecte poging om een situatie te kunnen begrijpen (Grondin, 2002: p. 44). In dit handelingsimperatief ligt echter de horizon van het proces van betekenisverlening besloten. De situaties waarin rechters opereren vragen om een handeling, een rechterlijk oordeel, en het begrip van de situatie dient ter ondersteuning van het nemen van die beslissing.

Spiegelbeeldig aan de groeiende overtuiging en begripsvorming is een proces van onzekerheidsreductie te onderscheiden. Deze onzekerheid betreft niet zo zeer de situatie zelf maar de handelingsmogelijkheden van de actor. Het onderzoek is er op gericht het aantal handelingsalternatieven en daarmee de onzekerheid over de oplossingsrichting te reduceren (Burke, 1994: p. 140). Deze onzekerheidsreductie zien wij ook terugkomen in de casus 'Kerstversiering'. De griffier begint het raadkameroverleg met de vraag wie de huurder is. "*Als De Vries zelf huurder is, dan houdt het op. Overigens denk ik dat bv de huurder is.*" Hierop reageert de rechter met de opmerking dat de huurovereenkomst door contractsovername is overgegaan van De Vries als natuurlijk persoon naar De Vries bv. "*Dat lijkt me een uitgemaakte zaak.*" Deze constatering ziet niet alleen op de juridische kwalificatie van de status van het huurcontract, maar heeft vergaande handelingsimplicaties. Immers, was De Vries als natuurlijk persoon huurder geweest, dan had de vordering vrij eenvoudig kunnen worden afgewezen. Dit echter niet het

74 Zie ook G.E. Langemeijer in Van Dunné, Boeles en Heerma van Voss (1977: p. 127 e.v.) over het relatieve karakter van het gelijk: "Het aantrekkelijke van tegenstrijdige standpunten tegenover je te krijgen en daartegenover het juiste standpunt te zoeken – dat is verschrikkelijk passionerend. [...] Voor mij is het altijd een uitdaging geweest om zo goed mogelijk te bepalen wat het element 'gelijk' aan de ene en aan de andere kant is."

75 Zie in dit verband ook de bespreking van de klassieke rechtbankfilm '12 Angry Men' uit 1957 door Bianca Stigter (2008). Zij maakt een vergelijking tussen het prototype van een Amerikaanse film, de Western, ('die het van actie moet hebben en niet van geklets') en de rechtbankfilm. In laatstgenoemd filmgenre is de *dialoog de handeling*.

geval, zodat de rechter door moet zoeken naar een beslissing die bij de zaak past. De rechter sluit met tussenoordeel een aantal oplossingsrichtingen uit waarmee hij weer een stap in het besluitvormingsproces heeft gezet.

Imaginaire beslissingsruimte

De deelprocessen van rechterlijke oordeelsvorming vinden grotendeels in een imaginaire beslissingsruimte plaats. De rechter roept een context in het leven waarin hij de gevolgen van beslissingen via inbeelding *uittest*. “Testing in thought [...] involves acting in *imagination*” (Dewey, 1910/1985: p. 98). Het raadkameroverleg in de casus ‘Kerstversiering’ is een goed voorbeeld hiervan. Deze imaginaire setting staat op voldoende afstand van de werkelijkheid zodat de rechter en de griffier ongestraft kunnen experimenteren en de gevolgen van verschillende handelingsmogelijkheden kunnen doordenken. Wat gebeurt er als het oordeel over een andere boeg gegooid wordt? Wat gebeurt er als de vordering wordt afgewezen? Houdt het oordeel dan nog stand? Hoe moet dat oordeel gemotiveerd worden? In de casus ‘Kerstversiering’ zien wij dat de rechter en de griffier hun overleg gebruiken als imaginaire beslissingsruimte. De consequenties van de verschillende beslissingsmogelijkheden worden doordacht en beoordeeld. De afweging tussen handelingsalternatieven in de imaginaire beslissingsruimte vormt een bescherming tegen het maken van praktische en onherroepelijke fouten (Logister, 2004: p. 154).

Het feitelijk effect van de verschillende handelingsmogelijkheden werpt zijn schaduw over de imaginaire beslissingsruimte. Op een zeker moment moet immers een sprong gemaakt worden van de imaginaire beslissingsruimte naar de context waarin de handeling gerealiseerd moet worden (Schön, 1983: p. 100). Dit is de sprong waar Scholten (1931/1974: p. 134) op doelde. Het experiment in de imaginaire beslissingsruimte is er op gericht in die laatste context een optimaal effect te bereiken. Houdt dit oordeel wel stand in een eventueel hoger beroep? Wordt het oordeel ondersteund door de feiten? Kan dit oordeel worden gemotiveerd? De sprong dringt zich op in de imaginaire beslissingsruimte. Het vermogen om een denkbeeldige wereld te kunnen construeren die zowel de creativiteit als de realiteitszin stimuleert, stelt rechters in staat om effectief en intelligent te handelen. Zonder een dergelijke context is een *ex ante* reflectie op de mogelijke gevolgen van een handeling niet mogelijk. Een rechter zou in dat geval de consequenties en het effect van zijn handelen alleen via de weinig effectieve methode van een ongerichte *trial and error* kunnen vaststellen.

Beredeneerde overtuiging

Het proces van rechterlijke oordeelsvorming mag dan geen natuurlijk eindpunt hebben omdat de rechter niet over een buiten zichzelf gelegen maatstaf beschikt om de juistheid van zijn oordeel te bepalen, dit betekent niet dat besluitvormingsprocessen oneindig zijn (Burke, 1994:

p. 38). “Op een gegeven moment is het klaar en moet het ook klaar zijn. Want er ligt nog zoveel ander werk.”⁷⁶ De rechter moet dus binnen beperkte tijd en met beperkte (procesrechtelijke) middelen een beslissing nemen. Op een gegeven moment ontstaat een stabiele basis voor een beslissing. Dit moment komt niet tot uiting in een blinde sprong van de heuristische fase naar de beslissing, maar is de uitkristallisering van de situatie waarin de actor zich begeeft. Dit moment is er als het vonnis op papier staat, zo vertelde een Kleinstadse rechter, “en je het doorgelezen hebt en tot de conclusie komt dat het een consistent verhaal is, dan houdt het wel op. Ja, en dan zet je er ook wel een streep eronder. Het is klaar, het is af.”

Er zijn geen vaste regels of uitgangspunten om te bepalen wanneer het proces is uitgekristalliseerd. “Je kunt blijven slijpen aan een vonnis. Je kunt een vonnis altijd weer mooier maken”, vertelde een Middelstadse rechter. Dit geldt ook voor comparities: “Soms zit daar ook grote tijdsdruk op. [...] Soms denk je nu maar stoppen, ik heb de gegevens nodig voor het vonnis en het is niet erg waarschijnlijk dat partijen er ooit uitkomen. Dan ga je met de volgende zaak verder. Maar je merkt vaak als je voldoende ruimte hebt en partijen zijn in een goede bui, dat een schikking mogelijk blijkt in een onmogelijke zaak omdat het gesprek prettig verloopt.”⁷⁷

De overtuiging dat een bepaalde handeling leidt tot het gewenste effect, dat wil zeggen een duurzame stabilisering van de situatie, de beëindiging van het geschil, is in deze richtinggevend. “[J]udgments are essentially rooted in concrete actions in the world insofar as the consequences of such actions serve to decide their warrantability” (Burke, 1994: p. 238). Door deze uitkristallisering komt de situatie in een toestand die een beslissing mogelijk maakt. In de deweyiaanse terminologie wordt deze toestand omschreven als *warranted belief* of *warranted assertibility*, een begrip dat zich moeilijk laat vertalen, maar dat het beste omschreven kan worden als beredeneerde overtuiging. “Warranted belief is, among other things, a state of stabilized activities which, for the cognitive agent, is achieved as the result of deliberate consideration and controlled exploration of possibilities suggested by details of a given situation” (Burke, 1994: p. 117).

De beredeneerde overtuiging is naar zijn aard open waardoor het rechterlijk oordeel een discursief karakter krijgt. Een rechter kan derhalve geen uitputtend, finaal oordeel nastreven; hij moet zijn beslissing een open structuur geven en accepteren dat naast de genomen beslissing eventueel andere oordelen verdedigbaar zijn. Van belang is dat een rechter *vrij zeker* is dat de voorgenomen beslissing de juiste is, zoals een Middelstadse rechter de openheid van de beslissing verwoordde. Doet een rechter dit niet, en streeft hij honderd procent zekerheid na, dan zal hij in twijfel blijven steken en niet tot de daad van een beslissing kunnen komen.⁷⁸

⁷⁶ Dit is een citaat van een Middelstadse rechter.

⁷⁷ Dit is een citaat van een Middelstadse rechter.

⁷⁸ Zie ook de beschrijving van een dag uit het leven van een kantonrechter van Visser (2007). “Blijft over dat dikke dossier in de arbeidszaak. Dat ligt er al dagen. Moet de heer Van der Werff nu worden ontslagen of niet?”

De incorporatie van de openheid in het proces van oordeelsvorming en het uiteindelijke oordeel, is enige manier om deze discursieve, onbepaalde werkelijkheid te beheersen. Het open karakter van het rechterlijk oordeel zien wij terugkomen in het taalgebruik van de rechters. De casus ‘Kerstversiering’ bevat een aantal mooie voorbeelden hiervan: “*Dat lijkt me een uitgemaakte zaak*”, “*Volgens mij is er sprake van een tekortkoming in de naleving van de huurovereenkomst*” en “*Ik zou zeggen dat de bouw van de sprinklerinstallatie in strijd is met het artikel [...]*”. In dit taalgebruik ligt besloten dat het ingenomen standpunt provisioneel is en in beginsel vervangen kan worden door een beter standpunt (Grondin, 2002: p. 43). Tegelijkertijd wordt tot uitdrukking gebracht dat een beslissing genomen moet worden en dat de gevonden oplossingsrichting een goede basis lijkt te zijn voor een acceptabele beslissing.

6.4 Het routinematige karakter van beslissingen

De setting waarin een rechter participeert heeft een sociaal karakter. Zo heeft de rechter te maken met opvattingen, gedragingen en verwachtingen van anderen. Verschillende actoren zoals collega-rechters, griffiers, administratiemedewerkers, appelcolleges, de wetgever, procespartijen, getuigen, advocaten en de samenleving in algemene zin, participeren direct of indirect in de handelingspraktijk van de rechterlijke oordeelsvorming. Omdat de acceptatie van de beslissing door alle hiervoor genoemde actoren centraal staat richtinggevend is in processen van rechterlijke oordeelsvorming, oriënteert de rechter zich in zijn werk op anderen en wordt hij beïnvloed door anderen. Rechterlijke oordeelsvorming moet dan ook worden gezien als sociaal handelen, dat wil zeggen het handelen in een sociaal verband en in het kader van organisaties en instituties (Zijderveld, 1991/1992: p. 21). Om sociaal handelen tot stand te kunnen brengen, is een zekere samenhang tussen de actoren en hun handelingen nodig. In dit proces spelen collectieve routines een centrale rol.

In deze paragraaf zal ik nader ingaan op routines. Ik zal inzichtelijk maken hoe (ervaren) rechters min of meer spontaan problemen, risico's en oplossingsrichtingen herkennen. “Most of the time there is something automatic and “natural” about practice. We do it “without thinking”; in fact thinking about it will interrupt the flow of action” (Wagenaar en Cook, 2005: p. 5). Allereerst zal ik laten zien hoe routinevorming op individueel niveau tot stand komt (6.4.1). Vervolgens ga ik nader in op collectieve routines (6.4.2). Deze paragraaf wordt afgesloten met een subparagraaf over de rol van (collectieve) routines in processen van oordeelsvorming.

En zo ja, welke ontslagvergoeding kan hij dan tegemoet zien? Een ingrijpende beslissing. Ik besluit dat verder wikken en wegen geen zin heeft en begin te schrijven.”

6.4.1 Individuele routines

De behuizing en de organisatie van een gerecht presenteren zich de eerste werkdagen van een nieuwe rechter letterlijk als een doolhof. Iedereen die wel eens in een nieuwe (werk)omgeving is geweest, herkent deze situatie. Door participatie in deze omgeving, door gericht zijn weg te zoeken in het gerechtsgebouw, raakt een rechter langzamerhand bekend met de fysieke en organisatorische omgeving waarin hij werkt. Deze participatie is functioneel en doelgericht: de rechter heeft een comparitie in enquêtekamer 3.10, hij zoekt een collega-rechter die de vorige maand een vergelijkbaar geval aan de hand had of hij wil weten waar het kopieerapparaat staat. Door deze participatie wordt de omgeving waarin de rechter werkzaam is geleidelijk een onderdeel van zijn eigen mentale en belichaamde systeem. Na enige tijd kan een rechter zich 'blind' bewegen in het gebouw, dat wil zeggen hij kan zich routinematig verstaan met zijn omgeving.

Iemand die de weg in een gebouw kent, heeft de fysieke structuur in zijn denken en handelen geïnternaliseerd. Deze versmelting tussen actor en omgeving kan worden beschouwd als routinevorming. Routines zijn dus niet aangeboren, maar worden gaandeweg verworven (Logister, 2004: p. 92). Door routinevorming gaat de context deel uitmaken van vaste handelingspatronen en verandert een onbekende omgeving geleidelijk in een vertrouwde en betekenisvolle context. De context, de actor en zijn handelen versmelten tot één *handelingssysteem*. Deze patronen, gewoontes en routines bevorderen het doelmatig en doeltreffend handelen in de betreffende context en maken het mogelijk om de problemen te herkennen die niet direct aan de oppervlakte drijven (Burke, 1994: p. 76).

Wat voor de fysieke en organisatorische aspecten van het rechterlijk werk op gaat, geldt eveneens voor de sociale aspecten van rechterlijke oordeelsvorming. Door (veel) verschillende zaken te behandelen, doet een rechter ervaring op en ontwikkelt hij routines. Iedere rechterlijke beslissing is als het ware een stap van oud naar nieuw; van een reservoir van kennis, inzichten voorbeelden en handelingen, naar het op te lossen, unieke probleem (Loth, 1992: p. 30). Door vaak de stap van oud naar nieuw te zetten, door te participeren in situaties, groeit en verfijnt het repertoire van de rechter. Waar het leiden van een comparitie de eerste keer nog een nieuwe, onbekende situatie is en de rechter in opleiding nooit eerder ervaren heeft hoe een dergelijke situatie zich ontwikkelt, wordt het houden van een comparitie na verloop van tijd een routine. Gewoonten of routines zijn het resultaat van een functionele aanpassing aan de sociale omgeving (Logister, 2004: p. 92).

Het volgende citaat laat mooi zien hoe ervaring de kijk op een zaak beïnvloedt. De aangehaalde Middelstadse rechter vertelt over zijn ervaring in de sector bestuursrecht. Centraal staat de vraag hoe 'ruis' kan worden onderscheiden van de kern van het geschil en de wijze waarop daarmee wordt omgegaan.

“Dat zie je ook wel in de bestuurssector waar alle zaken worden voorbereid door gerechtssecretarissen. Die maken soms een opsomming van aangevoerde punten en geven daarbij aan wat het recht daarvan vindt. En als je daar dan naar kijkt, dan denk je, ja dit is eigenlijk een overkill om aan al die flauwekul zoveel aandacht te besteden in het vonnis. Het is niet fout wat er staat, maar eigenlijk zou het er gewoon uit kunnen. Dat doet uiteindelijk meer recht aan de zaak.

Maar als je het hebt over de vraag hoe kom je aan die beslissing, dan is het voor een deel het herkennen wat nou ruis is en waar het werkelijk om gaat. Dat is één van de belangrijkste punten. En hoe je dat precies doet, ja dat is een combinatie van juridische kennis die natuurlijk overal op de achtergrond meedraait terwijl je de stukken leest en langzamerhand het beeld van de zaak die je opbouwt doordat je voortdurend aan het selecteren bent van wat wel en wat niet relevant is. Langzamerhand focust het zich op een paar punten waar het echt om gaat.”

In dit citaat zien wij een verschil tussen de kijk van de ervaren rechter en de minder ervaren gerechtssecretaris. De door ervaring gevormde kijk op recht en rechtspraak, zorgt ervoor dat de rechter vanuit zijn rijke repertoire naar de zaak kijkt. Hieronder onderscheidt hij zich van gerechtssecretarissen die deze ervaring veelal niet hebben. Zoals uit bovenstaand voorbeeld blijkt, is het moeilijk te specificeren waar het verschil in beider visies zit anders dan dat de ervaren rechter zich veel meer focust op de kern van de zaak.

In de rationeel-positivistische benadering worden routines vaak beschouwd als de uitkomst van een veelvuldige herhaling van één specifieke handeling. Zo moet een tennisser duizenden ballen slaan voordat hij zijn *backhand* enigszins onder controle heeft en nog vele duizenden extra voordat hij deze slag goed beheerst. In de tennissport noch in de rechtspraak herhaalt een situatie zich op identieke wijze. Omdat handelingssituaties oneindig gevarieerd zijn (Taylor, 1995d: p. 177), is het niet mogelijk een oplossing die in de ene situatie succesvol bleek te zijn, één op één te kopiëren naar een andere situatie. Iedere situatie moet op zijn eigen merites beoordeeld worden. In de praktijk ervaren we echter dat situaties, ondanks hun unieke karakter, overeenkomsten tonen. Een routine moet dan ook gezien worden als het vermogen om spontaan overeenkomsten tussen situaties te herkennen en vervolgens op adequate wijze te handelen. Burke (1994: p. 76) gebruikt Deweys voorbeeld van het vermijden van open vuur. Deze gewoonte kan zich ontwikkeld hebben op grond van één negatieve ervaring met open vuur. Via zijn ervaring weet de actor dat situaties met open vuur gevaarlijk zijn en om verwondingen te voorkomen stemt hij zijn handelen af op de situatie. Door deze herkenning, als het ware een vergelijking met eerdere situaties, is er geen sprake meer van een onbepaalde en onbekende situatie. Routines zijn daarom niet het product van herhaling, maar maken herhaling van handelingen in nieuwe situaties mogelijk (Dewey, 1938: p. 32). Routines zorgen ervoor dat een actor een situatie snel herkent en zich vervolgens eenvoudig en spontaan kan verstaan met zijn context. Routines hebben dan ook een activerend karakter en zetten de actor aan tot handelen (Logister, 2004: p. 96).

6.4.2 Collectieve routines en sociaal handelen

Collectieve routines maken sociaal handelen mogelijk

Collectief ontwikkelde routines zijn het cement tussen de stenen van een handelingspraktijk. Zonder gedeelde routines – collectieve standaarden, gebruiken, gewoontes en mores – zou over iedere sociale handeling *from scratch* onderhandeld moeten worden, hetgeen buitengewoon inefficiënt, complex en tijdrovend is. Bovendien zou er geen fundament zijn waarop gedeeld begrip tot stand kan worden gebracht. Om het handelen eenvoudig en snel te kunnen afstemmen op dat van andere actoren, is een zekere regelmaat, betrouwbaarheid en voorspelbaarheid van dat handelen vereist. Collectieve routines bieden een structuur waarin de handelingen min of meer geruisloos in elkaar kunnen overlopen en deze patronen kunnen worden gezien als het geheugen van een handelingspraktijk. Voor sociaal handelen is het nodig dat de handelingen van individuele participanten in een handelingspraktijk hetzelfde ritme aanhouden. “Every apt, coordinated gesture has a certain flow. When you loose this, as occasionally happens, you fall into confusion, your actions become inept and uncoordinated” (Taylor, 1995d: p. 172). Collectieve routines geven dit basisritme aan en zorgen voor stabiliteit in een handelingspraktijk.

Veel van de routines liggen verborgen in wat de *ongoing business* of de dagelijkse gang van zaken genoemd wordt: het normale verloop van een zaak, vaste zittingsdagen, de gebruikelijke klachten over de slechte automaatkoffie, de standaardaanpak voor het bestuderen van een dossier, *best practices*, de opmaak van een vonnis, gedeelde conventies en mores. Kortom, alle vanzelfsprekende aspecten van het werk die grotendeels onuitgesproken blijven en vaak pas opvallen als ze er niet meer zijn. De collectieve routines zijn de fundamenteën waarop het decor van de achtergrondkennis voor rechterlijke oordeelsvorming rust.

Actoren in een handelingspraktijk hebben een zekere mate van onderhandelingsvrijheid en kunnen op verschillende manieren participeren in een handelingspraktijk. Homogeniteit is nadrukkelijk geen vereiste voor sociaal handelen (Wenger, 1998: p. 78). Collectieve routines schrijven actoren dan ook niet voor hoe zij moeten handelen, maar maken een vrije en wederkerige afstemming van individueel handelen mogelijk. Het basisritme van een handelingspraktijk staat improvisaties en variaties van de participanten toe. Iedere keer dat een actor impliciet of expliciet *kiest* langs de lijn van de collectieve routine te handelen, wordt deze herbevestigd. “Shared practices are the accomplishments of competent members of collectives. They are accomplishments readily achieved by, and routinely to be expected of members acting together, but they nonetheless have to be generated on every occasion by agents concerned all the time to retain coordination and alignment with each other in order to bring them about. Although they are routine at the collective level, they are not routine at the individual level” (Barnes, 2001: p. 25).

Verhouding individu en collectieve routine

Collectieve routines liggen besloten in individuele handelingen en kunnen daar niet los van worden gezien. De individuele handelingen bevestigen een bepaalde collectieve routine of structuur. Deze structuur “is an emergent product of situated action, rather than its foundation” (Suchman, 1987: p. 67). Tegelijkertijd staan de collectieve routines los van de individuele handelingen en maken deel uit van het collectief (Wagenaar en Cook, 2005: p. 14). Het eigenstandige karakter van collectieve routines wordt vooral ervaren door nieuwkomers die ‘geconfronteerd’ worden met gebruiken, gewoontes en mores die binnen een groep gelden. Voor een effectief optreden is vereist dat de nieuwkomer deze gebruiken internaliseert en participeert in de gewoontes van de groep waarbinnen hij opereert. Dewey sprak in dit verband van de prioriteit van collectieve routines (*customs*) op individuele routines (*habits*), waarbij de prioriteit moet opgevat worden als voorafgaand in de tijd (Logister, 2004: p. 105). Ook de meer ervaren leden van een groep participeren in deze gewoontes en stemmen hun handelen af op de collectieve routines; maar omdat deze actoren de collectieve routines geïnternaliseerd hebben is de afstemming veelal impliciet en spontaan.

“A great deal of human action only happens insofar as agents understands and constitutes himself as integrally part of “we”” (Taylor, 1995d: p. 173). Dit “we” is er niet *a priori*, maar moet voor iedere handeling weer opnieuw in het leven geroepen worden. Door een individuele handeling af te stemmen op het handelen van anderen wordt de handelingspraktijk opnieuw bevestigd, in leven gehouden, geproduceerd en tegelijkertijd gereproduceerd. Dit betekent dat een handelingspraktijk “exists because people are engaged in actions whose meanings they negotiate with one another” (Wenger, 1998: p. 73). Dit gecoördineerde, afgestemde handelen van actoren vormt een handelingspraktijk. De individuele handelingen van de verschillende deelnemers lijken in een handelingspraktijk een zekere samenhang en organisatie te kennen, zonder dat deze organisatie vaststaat of van hoger hand is opgelegd. De casus ‘Fietsongeval’ bevat een voorbeeld van een geruisloze afstemming tussen de procespartijen en de rechter. De eiser geeft halverwege de zitting aan foto’s van de plaats van het ongeval bij zich te hebben waarop de rechter hem en gedaagde uitnodigt aan de hand van deze foto’s het ongeluk nog een keer toe te lichten. Dit onverwachte aanbod van de eiser wordt naadloos ingepast in de comparitie. Het vermogen om uit dergelijke onverwachte momenten een congruente en betekenisvolle comparitie te construeren, vormt een handelingspraktijk. Zoals ik hierboven stelde, is een gedeeld begrip of gezamenlijke herkenning van belang “before there can be any question of anyone entering into negotiation or not. In other words, convergence of belief or attitude or its absence presupposes a common language, in which these beliefs can be formulated, and in which these foundations can be opposed. Much of this common language in any society is rooted in its institutions and practices; it is constitutive of these institutions and practices” (Taylor, 1977: p. 119-20).

Tussen het individu en zijn omgeving bestaat geen scherpe scheiding, zo zagen wij hiervoor, maar dat er is sprake van een vloeiende overgang. Dit geldt evengoed voor de verhouding tussen de actor en zijn sociaal bepaalde omgeving die hoofdzakelijk uit andere actoren bestaat. Omdat handelende actoren op elkaar georiënteerd zijn en hun sociaal handelen doorlopend afstemmen op dat van anderen, grijpen verschillende handelingen in elkaar en ontstaat een coherent geheel. Deze wederkerige afstemming en participatie zorgen ervoor dat de handelende actor een onderdeel van de ander wordt (Wenger, 1998: p. 56). Dit gebeurt overigens zonder dat de actor zijn subjectiviteit verliest. Sociaal handelen is niet gedetermineerd en voor iedere handeling is een wilsdaad vereist. Niet de actoren zelf, maar hun handelingen lopen geleidelijk in elkaar over. De gezamenlijk geconstrueerde setting is de *locus* waar de individuele handelingen interactief op elkaar worden afgestemd. In die gedeelde *locus* vindt een integratie van het individuele en het collectieve plaats. De integratie en de vorming van de *locus* zijn een gezamenlijke onderneming (Wagenaar, 2004: p. 23) en heeft het karakter van een voortdurende dialoog, waarbij de handelende actor anderen beïnvloedt en tegelijkertijd door het handelen van andere actoren beïnvloed wordt.

De coördinatie in een handelingspraktijk komt tot stand omdat individuele actoren hun handelen al of niet routinematig op elkaar afstemmen, en niet omdat calculerende individuen dezelfde werkwijze hanteren, hetzelfde doel nastreven, identieke gewoontes hebben of dezelfde overtuigingen erop nahouden. “What is required to understand practice of this kind is not individuals oriented by the same collective object; rather it is human beings oriented to *each other*. Human beings can ride in formation, not because they are independent individuals who possess the same habits, but because they are independent social agents, linked by a profound mutual susceptibility, who constantly modify their habituated individual responses as they interact with others, in order to sustain a shared practice” (Barnes, 2001: p. 24). Een handelingspraktijk is dus niet een optelsom of clustering van individuele gedragingen of gewoontes, maar een collectieve vaardigheid (Barnes, 2001: p. 23). De comparitie in casus ‘Fietsongeval’ is hiervan een illustratief voorbeeld. Deze collectieve vaardigheid betreft niet zo zeer de inhoud van de individuele handelingen maar de coördinatie daartussen. “[P]ractice expresses a community of standards, the commonality and integrity of [a] collective.” (Wagenaar, 2004: p. 21). Zo hebben een advocaat en een rechter een eigen rol in een procedure, is de inhoud van hun werk anders en kijken zij vanuit hun eigen perspectief naar een procedure. Toch zijn zij in de regel uitstekend in staat hun individuele handelingen zo te construeren dat een haast geruisloze afstemming plaats vindt en betekenisvolle handelingen tot stand komen.

Dubbele focus sociaal handelen

Handelingen die misschien wel aansluiten bij een concreet geval maar op geen enkele wijze refereren aan een bestaande praktijk, missen effect omdat ze niet als sociaal handelen worden (h)erkend. Rechterlijke oordeelsvorming is hiervan een duidelijk voorbeeld. Beslissingen die

op geen enkele manier aansluiten bij het positieve recht zijn ongeldig. De concrete beslissing moet dan ook in het grotere verband van de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming worden ingepast en een zekere consistentie vertonen met eerdere beslissingen. De participatie aan een handelingspraktijk is daarom zowel persoonlijk als sociaal (Wenger, 1998: p. 55-6). Daarnaast reiken de gevolgen van rechterlijke beslissingen verder dan het concrete geval (Wagenaar, 2004). Met iedere beslissing wordt de handelingspraktijk van rechterlijke oordeelsvorming bevestigd. Hierdoor is niet alleen de geldigheid en effectiviteit van de individuele beslissing in het geding, maar ook de acceptatie van de handelingspraktijk en het handelen van de actor in algemene zin. Een concrete rechterlijke beslissing heeft daarom tegelijkertijd een algemeen karakter. Dit geldt in het bijzonder voor de rechtspraak waar de toewijzing van een vordering in een concrete zaak consequenties kan hebben voor andere (toekomstige) zaken. De rechter is continu gericht op de gevolgen van zijn handelen voor de concrete situatie én op de gevolgen van zijn handelen voor de praktijk waarbinnen hij handelt. Handelende actoren hanteren een dubbele focus (Kronman, 1993: p. 72), dat wil zeggen dat handelen en beoordelen vereisen dat een zuiver individueel perspectief losgelaten wordt en de handelende actor een *public sympathy* aanneemt (Barber, 1988: p. 197).

Het algemene perspectief komt onder andere tot uitdrukking in het als-ik-dit-goed-vind-dan-is-de-beer-los-criterium: *“Dat hebben civilisten natuurlijk ook. Die kijken bij het formuleren van hun vonnis ook verder dan dit geschil. Als ze bijvoorbeeld zouden zeggen in het geval dat een ingebrekestelling ontbreekt, deze ook niet nodig is, dan is dat een jurisprudentiescheppende uitspraak waarmee je moet oppassen.”*⁷⁹

6.4.3 Routines als basis voor creatief en momentaan handelen

Habitus

Tijdens de mondelinge behandeling van de casus ‘Kerstversiering’ waren procespartijen, hun advocaten, de rechter en de griffier doorlopend bezig de betekenis van de gebeurtenissen om hen heen – de actuele sociale werkelijkheid – te begrijpen en het verloop daarvan – de concrete zaak – te beïnvloeden. De rechter vraagt of eiser een opmerking wil toelichten, de advocaat reageert op een uitlating van zijn confrère en de rechter beproeft een schikking tussen partijen. Voor buitenstaanders lijkt het of deze handelingen geruisloos op elkaar worden afgestemd en dat partijen een van te voren afgesproken script volgen. Dit is echter niet het geval. Voorafgaand aan de zitting zijn geen afspraken gemaakt over het verloop van de zitting, is niet doorgesproken wie wat zou zeggen en hoe daarop door anderen zou worden gereageerd. Het is onmogelijk alle denkbare situaties, verwachtingspatronen en de variaties daarop *ex ante*

⁷⁹ Dit is een citaat van een Middelstadse rechter.

volledig te overzien en doorzien (De Jong, 1997: p. 328). De interactie tussen verschillende actoren in een concrete situatie komt min of meer spontaan en improviserend tot stand.

Het vermogen van individuen om de geobjectiveerde sociale werkelijkheid te verinnerlijken en te reproduceren en min of meer spontaan sociale handelingen tot stand te kunnen brengen, is door Bourdieu de *habitus* genoemd (De Jong, 1997: p. 324). De *habitus* stelt individuele actoren in staat langs de lijnen van algemeen herkenbare patronen en schema's in te spelen op concrete situaties (Bourdieu, 1977: p. 73). Deze patronen liggen enerzijds buiten de individuele actoren omdat zij gepredispositioneerd zijn door een cultuur. "For the story of my life is always embedded in the story of those communities from which I derive my identity. I am born with a past: and to try to cut myself off from that past, in the individual mode, is to deform my present relations" (MacIntyre, 1981/1984: p. 221). Tegelijkertijd heeft de actor deze patronen geïnternaliseerd. Individuele actoren verwerven de handelingspatronen in de heersende cultuur via een proces van socialisatie. Dit socialisatieproces begint bij de geboorte; kinderen maken zich via onderwijs en opvoeding de heersende cultuur, sociale gebruiken, taal(gebruik) en omgangsvormen eigen. Omdat kinderen opgroeien in een specifieke, sociaal-cultureel bepaalde omgeving, hebben de elementen uit hun sociale omgeving een vanzelfsprekendheid. De cultureel bepaalde ordeningsmodellen en denkpatronen zijn dan ook zekere constituerend aan begripsvorming en betekenisverlening. De socialisatie houdt echter niet op bij de jeugd. Ook nieuwkomers in een specifieke praktijk, in het geval van de Rechtspraak raio's en rio's, maken een socialisatieproces door waarin zij de handelingspatronen, ordeningsmechanismen en gebruiken internaliseren (Köhne-Hoegen, 2006: p. 186 e.v.).

Uit het socialisatieproces ontstaat een mentale structuur waarmee individuen het sociale leven min of meer vanzelfsprekend benaderen en ervaren. De structuren van de sociale werkelijkheid zijn neergeslagen in de denk- en handelingschema's van individuele actoren. De *habitus* constitueert de sociale werkelijkheid waardoor de individuele actor een onmiddellijk begrip van de sociale omgeving krijgt (De Jong, 1997: p. 327). Omdat verschillende individuen in dezelfde cultuur opgroeien ontwikkelen, staan de *habitus* van verschillende individuen onder invloed van dezelfde cultureel gevormde handelingspatronen. Deze gedeelde patronen maken betekenisvol sociaal handelen mogelijk. "This habitus is precisely this immanent law, *lex insita*, laid down in each agent by his earliest upbringing, which is the precondition not only for the co-ordination of practices but also for practices of co-ordination [...]" (Bourdieu, 1977: p. 81). De geïnternaliseerde *habitus* stelt de actor in staat eigen handelingen en begripsvorming af te stemmen op die van andere actoren, zodat betekenisvol handelen tot stand kan komen.

Zoals door Holmes benadrukt, zijn sociale structuren en handelingspatronen het resultaat van min of meer toevallige sociale en fysieke omstandigheden. Door de reproducerende kracht van de *habitus* krijgen deze structuren in de loop van de tijd een vanzelfsprekend en betekenisverlenend karakter. Historisch gegroeide praktijken stollen in de sociale werkelijkheid

waardoor deze hun historiciteit en willekeurigheid verliezen. “In practice, it is the habitus, history turned into nature, i.e. denied as such, which accomplishes practically the relating of these two systems of relations, in and through the production of practice. The “unconscious” is never anything other than forgetting of history which itself produces by incorporating the objective structure it produces in the second natures of habitus” (Bourdieu, 1977: pp. 78-9). De *habitus* is het belichaamde sociale leven (De Jong, 1997: p. 329) en zorgt ervoor dat concrete situaties in sociale termen worden begrepen en gewaardeerd. De *habitus* stelt de handelende actor in staat om het midden te bepalen tussen de eisen van het concrete geval en de algemene sociale eisen. Het constituerende karakter van de *habitus* zorgt ervoor dat de concrete handeling spontaan wordt ingepast in de sociale context waarin zij tot stand komt. *Habitus* schrijft dan ook niet voor hoe in concrete situaties moet worden gehandeld, maar biedt een schema en een structuur die inventief, begrijpelijk en effectief sociaal handelen mogelijk maken.

Improvisaties

De *habitus* en *collectieve* routines dwingen de actor niet in een keurslijf, maar laten juist voldoende ruimte voor aanpassing als de situatie dat vereist. “[T]he special and more definite pattern of recurrent behaviour that is formed, does not become completely rigid. It enters as a factorial agency, along with other patterns, in a total adaptive response, and hence retains a certain amount of flexible capacity to undergo further modifications as the organism meets new environing conditions” (Dewey, 1938: p. 32). Routines staan aan de basis van improvisaties en creatief handelen. “[I]n each case the practitioner gives an artistic performance, in what seems like a simple, spontaneous way” (Schön, 1983: p. 130).

Ter illustratie haal ik de in paragraaf 6.3.1 opgevoerde zaak van de schade als gevolg van een onjuiste accountantsverklaring aan. Het herkennen van het verzoek van de advocaat als een mogelijkheid om te toetsen hoe de sfeer bij partijen is en het maken van de opmerking, vallen in één moment samen. Hierdoor kan de rechter op het juiste moment opmerken dat hij een *déjà vu* gevoel heeft. Deze alertheid, spontaniteit, doeltreffendheid en buitengewoon goede *timing* vereisen een diepgaand begrip van de praktijk waarin de rechter zich beweegt. Om te kunnen improviseren moet de rechter de handelingspraktijk in zijn vingers hebben, tot in de haarvaatjes beheersen en als het ware zijn opgegaan in die context (Collins, 2001: p. 116). Dat geldt ook voor de ervaren rechter uit het bovenstaande voorbeeld. Omdat hij talloze comparaties heeft geleid, herkent hij bepaalde situaties die een spontane improvisatie mogelijk maken. Deze improvisatie is echter iedere keer weer anders. Creatief, momentaan handelen veronderstelt dat een rechter zich routinematig verstaat met de setting. De creativiteit die een rechter aanwendt wordt ook wel *situated creativity* genoemd. “Situated creativity comprised both the notion of situatedness, of being constrained by the social and natural conditions of your environment, and the notion of creativity, of being able to transcend your circumstances and find new, inventive and unsuspected solutions to life’s problems. This idea of situated

creativity rejects the dichotomy between adaptation and freedom and seeks to reconcile the two into an integrated position” (De Been, 2005: p. 20).

De context en het handelen van de actor worden doorlopend op elkaar afgestemd, waardoor ze met elkaar vervlochten raken. Dit proces van wederkerige aanpassing is voor een belangrijk deel routinematig, maar tegelijkertijd ook open, creatief en geïmproviseerd als de situatie dat vereist (Hartendorp en Wagenaar, 2004: p. 71). Het mag misschien wel zo zijn dat ervaren rechters in de meeste situaties eerdere gevallen herkennen, deze herkenning moet wel iedere keer tot stand komen (Barnes, 2001: p. 25). Omdat de variëteit aan situaties onuitputtelijk is en zaken zich op een onvoorspelbare manier kunnen ontwikkelen, geldt ook voor ervaren rechters dat zij met regelmaat onbekende of nieuwe situaties tegenkomen. Deze onbekende situaties vereisen creativiteit en geestelijke lenigheid. Tegelijkertijd moet de gekozen oplossing continuïteit en samenhang vertonen met het sociaalmaatschappelijke en juridische kader waarbinnen gehandeld wordt. Het is de opgave van de rechter om beide posities te verenigen in het proces van besluitvorming.

6.5 Kennis

In processen van rechterlijke oordeelsvorming speelt kennis een belangrijke rol. Met behulp van kennis geeft een rechter richting aan processen van oordeelsvorming waardoor intelligent handelen mogelijk is. Bovendien heeft een rechter zijn kennis van het recht nodig om zijn beslissing te motiveren. In deze paragraaf geef ik allereerst uitwerking aan verschillende kennisvormen (6.5.1). Vervolgens laat ik zien hoe in concrete situaties kennis wordt aangewend (6.5.2). In de laatste plaats besteed ik aandacht aan het spelgevoel van rechters (6.5.3).

6.5.1 Verschillende kennisvormen

Expliciete, impliciete en stilzwijgende kennis

Onder *expliciete kennis* wordt alle kennis verstaan die in woorden of andere proposities kan worden uitgedrukt. Voorbeelden zijn de kennis die de rechter heeft van de vigerende wet- en regelgeving, de inhoud van de dagvaarding en het arrest dat in de laatste *NJ* is opgenomen. Deze kennis is tot op zekere hoogte onpersoonlijk, statisch, objectief in de zin dat zij min of meer vast omljnd en aanwijsbaar is en niet gebonden aan de participatie in een concrete situatie. Zo kan een rechter tijdens een partijje tennis zijn kennis van het BW reproduceren – iets dat overigens niet bevorderlijk is voor het tennisspel – of hij kan aan een collega vertellen over de inhoud van een processtuk in een zaak die hij vorig jaar behandeld heeft. Het gaat hier om de kennis die de rechter bezit, bij zich draagt of in zijn hoofd heeft zitten. Cook en Brown (1999: p. 383) spreken in dit verband over de *epistemology of possession*. Om

zijn vak te kunnen uitoefenen, heeft de rechter in ieder geval expliciete kennis van het recht nodig. Zonder een gedegen kennis kan een rechter geen vonnis opstellen of een dossier op zijn (juridische) merites beoordelen. Expliciete kennis wordt onder andere door uitleg en studie overgedragen.

Impliciete kennis is expliciete kennis die routinematig wordt aangewend. Zo leren rechters aan het begin van hun loopbaan in de cursus vonnis schrijven hoe een vonnis is opgebouwd, welke formuleringen gebruikt moeten worden en welke ratio hieraan ten grondslag ligt. In deze cursus wordt de expliciete kennis van het vonnis schrijven overgedragen aan rechters. In de dagelijkse praktijk verdwijnt een groot deel van deze expliciete kennis naar de achtergrond en impliciete kennis wordt routinematig aangewend (Collins, 2001: p. 114). Bij het concipiëren van een vonnis lijken de structuur en sommige formuleringen min of meer spontaan op papier te verschijnen. Deze onbewust of routinematig aangewende kennis van de structuur en de inhoud van vonnissen kan echter meer of minder probleemloos worden geëxpliciteerd. In de dagelijkse praktijk is het echter inefficiënt, zelfs ondoenlijk, bij iedere handeling alle routinematig toegepaste kennis te expliciteren. Het menselijk brein kent zijn beperkingen en impliciete kennis is een manier om met deze beperking om te gaan (Collins, 2001: p. 112).

De derde kennisvorm die ik voor ogen heb, is *stilzwijgende kennis*. Deze kennisvorm omvat het vermogen om de expliciete en impliciete kennis in concrete situaties toe te passen. Hiervoor is onder andere nodig dat de rechter de praktijk van rechtspraak *beheerst*, zoals het doorvragen op een antwoord tijdens een getuigenverhoor, het vinden van een rechtvaardig oordeel in het onderhavige geval of het formuleren van een evenwichtig vonnis waarin de specifieke positie van beide partijen recht wordt gedaan. Deze kennisvorm is concreet, valt samen met de concrete handeling en kan niet onder woorden worden gebracht. Deze kennis maakt deel uit van de *epistemology of action* (Cook en Brown, 1999: p. 384). Stilzwijgende kennis speelt een belangrijke rol bij de toepassing van regels en het vinden van rechtsoordelen en gaat gelijk op met de participatie in concrete situaties. Stilzwijgende kennis kan dan ook niet van papier worden geleerd, “but can sometimes, though not always, be gained by prolonged social interaction with members of the culture that embeds the practice” (Collins, 2001: p. 107). In het algemeen wordt stilzwijgende kennis door voorbeeld, correctie of andere vormen van participatieve kennisoverdracht overgedragen (Polanyi, 1958: p. 64).

In het proces van rechterlijke oordeelsvorming worden alle vormen van kennis gebruikt. Tussen de verschillende kennisvormen kan geen hiërarchie worden aangebracht; impliciete of stilzwijgende kennis is geen onvoltooide expliciete kennis. Stilzwijgende kennis en expliciete kennis zijn naar hun aard niet subsidiair omdat ze tot verschillende domeinen behoren. “[A]n explicit integration cannot replace its tacit counterpart. The skill of a driver cannot be replaced by a thorough schooling in theory of the motorcar; the knowledge I have of my own body

differs altogether from the knowledge of its physiology [...]" (Polanyi, 1966: p. 20). Dit geldt ook voor de rechtspraak: uitmuntende kennis van het recht maakt iemand nog niet tot een goed rechter. Rechtspraak vereist dat de rechter zich kan verstaan met de situaties waarover van hem een oordeel wordt gevraagd. Met deze stilzwijgende kennis geeft een rechter richting aan de rechterlijke oordeelsvorming, hetgeen ik hieronder zal uitwerken aan de hand van het begrip *knowing* of praktisch kennen.⁸⁰

Verhouding verschillende kennisniveaus

Een procedure is opgebouwd uit een groot aantal verschillende onderdelen. Voorbeelden zijn de dagvaarding, de conclusie van antwoord, de meegestuurde bijlagen, het proces-verbaal van het voorlopig getuigenverhoor, het verloop van de comparitie, de indruk die partijen hebben achtergelaten op de rechter, de toepasselijke wet- en regelgeving waar al of niet naar verwezen wordt door partijen, gepubliceerde jurisprudentie, een niet-gepubliceerd vonnis van rechter over een vergelijkbaar geval. Deze deelonderdelen behoren tot verschillende domeinen en worden beheerst door een eigen logica of regels. Ik zal dit illustreren met een voorbeeld van een dagvaarding. Voor een geldige en begrijpelijke dagvaarding moeten onder andere de formele eisen van artikel 111 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de grammaticale, stijl- en spellingsregels van de Nederlandse taal in acht genomen worden. Om een dagvaarding te kunnen begrijpen, om deze betekenis te kunnen geven, moet de rechter beschikken over kennis van de verschillende niveaus waaruit een dagvaarding is opgebouwd. In dit voorbeeld gaat het om expliciete kennis van het recht (de rechter slaat het wetboek open om te controleren waaraan de eisen voor een dagvaarding moeten voldoen) en de impliciete kennis van de Nederlandse taal (de rechter herkent spontaan de inhoud van de woorden en zinnen waaruit een dagvaarding is opgebouwd, maar desgevraagd, en misschien met wat hulp, kan hij de semantische en grammaticale beginselen expliciteren).

De niveaus die dagvaarding vormen kennen een hiërarchische opbouw. Zo bestaat een dagvaarding uit woorden met een bepaalde betekenis (semantische beginselen), die samen zinnen vormen (syntactische beginselen) en die vervolgens een specifieke juridische betekenis krijgen (juridische beginselen). Ieder hoger betekenisniveau is dus afhankelijk van en wordt beïnvloed door de onderliggende betekenisniveaus. De inhoud van een dagvaarding is onder andere afhankelijk van de woordkeuze en ordening van die woorden in een hoger zinsverband. Dit betekent echter niet dat het hogere betekenisniveau wordt beheerst door ordeningsprincipes van het lagere niveau (Polanyi, 1966: p. 85). De semantische en syntactische beginselen bepalen niet of een dagvaarding rechtsgeldig is uitgebracht. Het (lagere) betekenisniveau kan onmogelijk buiten zijn eigen grenzen treden en een hoger betekenisniveau in het

⁸⁰ Hiermee wordt overigens niet geclaimd dat de andere kennisvormen ondergeschikt zijn aan de stilzwijgende kennis (Schatzki, 2001a: p. 9). Verderop in deze paragraaf kom ik nog op dit punt terug.

leven roepen. “No level can gain control over its own boundary conditions and hence cannot bring into existence a higher level, the operations of which would consist in controlling these boundary conditions. Thus the logical structure of the hierarchy implies that a higher level can come into existence only through a process not manifest in the lower level, a process which thus qualifies as an emergence” (Polanyi, 1966: p. 45). De ordening van de delen komt dus tot stand op een hoger niveau.

Stilzwijgende kennis is prioritair aan andere kennisvormen

Het inzicht dat bovenstaand voorbeeld van de betekenis van een dagvaarding heeft opgeleverd wil ik verbreden naar een rechterlijke procedure in algemene zin. Net als een dagvaarding bestaat een procedure uit verschillende geïsoleerde onderdelen en niveaus die door eigen betekenisbeginselen worden beheerst. De rechter moet verschillende kennisvormen aanwenden om zich met de verschillende niveaus te kunnen verstaan en verstaanbaar te kunnen maken. Kennis van de losse onderdelen van een procedure levert geen totaalinzicht in een zaak op. Zoals hierboven uitgewerkt, krijgen de onderdelen (de dagvaarding, de comparitie, de wet- en regelgeving, et cetera) pas samenhang in het grotere verband van een zaak en het recht in algemene zin. Deze samenhang is er niet van nature maar wordt gevormd doordat de verschillende onderdelen of niveaus van een procedure met elkaar in verband worden gebracht, in een dialectische structuur worden geplaatst. In het merendeel van de zaken is het structureren van de betekenisniveaus de meest belangrijke, tijdsintensieve en complexe bezigheid van rechters. De ordening van een zaak wordt altijd bepaald door de concrete omstandigheden van die zaak.

De kennis die een dagvaarding, een pleidooi, het bestuderen van het wetboek of het nalezen van een arrest opleveren, moet met elkaar in verband gebracht worden om een zaak te vormen. De kennis die wordt aangewend om de delen met elkaar te verbinden, is actueel, situatiegebonden en kan niet goed onder woorden worden gebracht. Stilzwijgende kennis helpt een rechter de geïsoleerde kennisdelen tot een groter geheel samen te voegen, zodat hij inzicht krijgt in de voorhanden zaak. Zo vertelde een Middelstadse rechter dat hij het gehele feitencomplex volledig op zich moet laten indringen om een beslissing te kunnen nemen. Buitenstaanders, zoals schrijvers van noten bij vonnissen en arresten, die alleen kennisnemen van de uitspraak en het dossier niet kennen, ervaren deze dimensie niet. *“Als je gewoon het hele dossier zou doornemen, dan zal duidelijk zijn waarom daar zo beslist is en daar zo beslist is. En dat komt toch neer op de feiten en daar zit iets van waardering in die je niet echt in de uitspraak of het vonnis terugziet. Want anders hadden de nootschrijvers dit ook kunnen constateren.”*

Geactualiseerd begrip, zo heb ik hierboven uitgewerkt, is zowel gericht op het algemene als op het concrete en heeft dus een intellectuele en een praktische component. Dit betekent dat expliciete kennis uiteindelijk afhankelijk is van de vormende werking van stilzwijgende kennis (Polanyi, 1966: p. 21). De prioriteit van de stilzwijgende kennis aan de expliciete ken-

nis leidt logischerwijs tot een verwerping van het rationalistische streven om alle kennis te expliciteren. “Rather than representations being the primary locus of understanding, they are only islands in the sea of our unformulated grasp on the world” (Taylor, 1995d: p. 170).⁸¹ De inzet om alle kennis te expliciteren is bij voorbaat gedoemd te mislukken. Het werkt zelfs contraproductief omdat het uiteindelijk leidt tot een onvermijdelijke vernietiging van kennis. “Participation and reification imply each other; they do not substitute for each other. From such a perspective, it is not possible to make everything explicit and thus get rid of the tacit, or to make everything formal and thus get rid of the informal” (Wenger, 1998: p. 67).

Niet alleen de verwerving van expliciete kennis, maar alle begrip is gebaseerd op stilzwijgende kennis (Kuhn, 1962/1996: p. 43 e.v.). Begrip rijst uit een reflectie van het algemene op het concrete en *vice versa*. In hoofdstuk 4 heb ik laten zien dat voor betekenisvorming en kennisverwerving uiteindelijk nodig is dat de actor een toepassingshandeling, de *applicatio*, verricht, dat hij de horizon van de concrete situatie laat versmelten met de reeds gevormde algemene horizon. In deze horizonsversmelting ligt altijd een stap van oud naar nieuw besloten. Bij het nemen van deze stap kan de actor slechts ten dele terugvallen op bestaande kennis en ervaringen die in zijn *Vorverständnis* of repertoire besloten liggen. “[T]acit knowing achieves comprehension by indwelling, and that all knowledge consists of or is rooted in such acts of comprehension” (Polanyi, 1966: p. 55). De *applicatio*, de stap of de sprong naar het nieuwe, de verwerving van (nieuw) inzicht, bevat altijd een creatief moment. De totstandkoming van nieuw inzicht is dan ook een gebeurtenis waarover niemand volledige controle heeft en beheerst wordt door een mechanisme dat uiteindelijk slechts ten dele onder woorden gebracht kan worden (Gadamer, 1960/1990: p. 335).

6.5.2 Praktisch kennen

Rechterlijke oordeelsvorming moet worden beschouwd als een vorm van participatie in een concrete situatie. Deze participatie is doelgericht, reflectief en veelal doordacht. Met behulp van zijn cognitieve vermogens geeft de actor richting aan zijn handelen; denken maakt intelligent gedrag mogelijk (Logister, 2004: p. 64). In deze subparagraaf ga ik dieper in op de vraag hoe dergelijk intelligent handelen in concrete situaties tot stand komt en op welke wijze kennis wordt aangewend om dit mogelijk te maken. Hierbij speelt het aan Dewey afgeleide begrip *knowing*, hieronder vertaald als praktisch kennen, een centrale rol. Met zijn praktisch ken-

81 In Umberto Eco's *De mysterieuze vlam van koningin Loana* uit 2005 wordt prachtig geïllustreerd hoe expliciete, algemene kennis, pas betekenis krijgt tegen een decor van stilzwijgende, door persoonlijke ervaringen gevormde, achtergrondkennis. De hoofdpersoon in deze roman, de zestigjarige Giambattista Bodoni, meestal Yambo genoemd, verliest door een hersenbloeding zijn episodisch geheugen. Hierdoor kan hij zich zijn persoonlijke geschiedenis niet meer herinneren en is hij niet in staat de algemene kennis die hij nog steeds kan reproduceren, in een bredere betekenisverlenende context te plaatsen. Deze feitenkennis heeft daardoor nauwelijks betekenis voor Yambo.

nen geeft een actor vorm, inhoud, sturing en richting aan concrete gesitueerde handelingen. “[K]nowing is a kind of doing, a kind of conduct (activity or process), and as such is understood to be the product of successful inquiry” (Burke, 1994: p. 223).

Praktisch kennen geeft richting aan de relatie tussen de actor en de setting waarin deze opereert. Hierboven zagen we dat succesvol handelen de vorm aanneemt van een doorlopend proces van handeling-reflectie-aanpassing. Voor een succesvolle en effectieve interactie is het noodzakelijk dat de kenmerken van de fysieke en de sociale wereld waarin gehandeld wordt, gerespecteerd worden (Cook en Brown, 1998: p. 390) en dat de actor de *back talk* van de situatie verstaat. Het handelen, de evaluatie van (de effecten van) het handelen, het aanpassingsvermogen van een actor en de vaardigheid om de relevante onderdelen van de kennis te activeren vormen praktisch kennen. Het praktisch kennen is *au fond* een vorm van reflectief handelen (Taylor, 1995a: p. 4), hetgeen betekent dat praktisch kennen naar zijn aard gesitueerd is, afhankelijk is van de handelingscontext of de setting die het praktisch kennen in het leven roept. “Denken is gebonden aan spatio-temporaliteit. Het wordt opgeroepen op een bepaald moment in een bepaalde context. Het resultaat van het denken is slechts van toepassing op een contextueel bepaald probleem. Het is tijdelijk van aard. Wanneer er een nieuwe problematische situatie ontstaat wordt er weer een nieuw denkproces of een ‘process of problem-solving’ opgeroepen” (Logister, 2004: p. 64).

Participatie in een concrete setting is dus constitutief aan het praktisch kennen; tegelijkertijd maakt praktisch kennen zinvol en doelgericht handelen mogelijk. Dit dubbele karakter van praktisch kennen benadrukt de intrinsieke continuïteit tussen de actor en de setting en tussen reflectie en handelen (Wagenaar en Cook, 2005: p. 14). Deze continuïteit houdt echter niet in dat de verschillende onderdelen met elkaar versmelten; ze behoren tot verschillende domeinen maar zijn transactioneel met elkaar verbonden (Logister, 2004: p. 66). Actoren stemmen hun handelen in de regel af op situaties die zij als betekenisvol ervaren. Deze betekenisvolle situaties *triggeren* het handelen van actoren. Zinvol handelen is in de eerste plaats doelmatig, de handeling draagt bij aan het bereiken van het beoogde doel, en doet er toe, dat wil zeggen dat de rechter zich kan vinden in (de uitkomsten van) de handeling. Schatzki benadrukt dat de relatie tussen de rechter en zijn omgeving daarnaast ook affectief is. “What makes sense to a person to do largely depends on the matters for the sake of which she is prepared to act, on how she will proceed for the sake of achieving or possessing those matters, and on how things matter to her; thus on her ends, the projects and tasks she will carry out for the sake of those ends given her beliefs, hopes, and expectations, and her emotions and moods” (2001b: p. 52).

In de rechtspraak is de dubbele oriëntatie op het handelen – zowel doelmatig als affectief – een belangrijk aspect. Het volgende citaat uit een interview met een Kleinstadse rechter bevat een mooi voorbeeld van een conflict tussen beide perspectieven. “*Ik denk dat, net als iedere arts zijn eigen fouten heeft waar hij soms aan terugdenkt, dat iedere rechter zijn eigen zaken heeft waarvan hij een heel ongemakkelijk gevoel heeft. Ik heb zelf ook een keer iets gehad met een*

Italiaans restaurant in Weststad. En elke keer als ik dat restaurant zie liggen en dan voel ik me niet prettig. Deze zaak werd door twee uitbaters gepacht. Dat waren hele jonge mensen die zich in alle kanten in de luren hebben laten leggen naar mijn idee. Maar ik kon ze geen gelijk geven.⁸² Italiaans eten smaakt mij niet meer sindsdien. Dat is wel een beetje je professionaliteit dat je niet helemaal als dorpsoudste een billijke oplossing geeft.”

Een uitspraak moet gemotiveerd kunnen worden én appelleren aan het rechtvaardigheidsgevoel van de rechter. In deze casus heeft de rechter echter geen deugdelijke juridische grondslag kunnen vinden voor een – in zijn ogen – rechtvaardige beslissing. Uit het citaat blijkt dat deze uitzonderlijke situatie, waarin recht en rechtvaardigheid niet te verenigen zijn, de rechter persoonlijk diep raakt.

Vanwege de intrinsieke verbondenheid met de participatie, is praktisch kennen een vorm van stilzwijgende kennis. Praktisch kennen is concreet, dynamisch en direct verbonden met de handeling. Het geeft richting aan het handelen en gaat er tegelijkertijd in op (Wagenaar, 2004: p. 23). “The practice should be treated as involving thought and action together, and in so far as this is the case, embodied theory, as it were, is a part of practice itself” (Barnes, 2001: p. 20). De actor wendt zijn praktische inzicht dus niet aan om het handelen richting te geven, maar praktisch kennen is een onafscheidelijk deel daarvan (Cook en Brown, 1998: p. 388). De dynamische betrekking tussen (de effecten van) het handelen en reflectie op deze effecten staat hierbij centraal. In deze interactie vooronderstellen handelen en praktisch kennen elkaar. Het handelen en de reflectie vormen een *unity of knowledge* (Dewey, 1938). Hiermee wordt niet bedoeld dat kennis en handelen een geheel vormen, maar dat “knowledge is inseparably united with doing. knowledge is a by-product of activity: people do things in the world, and the doing results in learning something that, if deemed useful, gets carried along into the next activity” (Menand, 2001: p. 322).

Bijzondere aandacht verdient de verhouding tussen praktisch kennen en expliciete kennis. Het gebruik van expliciete kennis vervult een belangrijke rol in de rechtspraak; rechters moeten bekend zijn het positieve recht en de inhoud van het procesdossier. Expliciete kennis stelt een rechter dan ook in staat zich te oriënteren in de voor handen situatie. “Similarly, in the social world, one must honor the strengths, limitations, and character of individuals and groups in order to engender coordinated and directed action [...] Knowledge also helps us to “honor” the world and interactions with it” (Cook en Brown, 1998: p. 390). De rechter gebruikt zijn expliciete kennis om een beslissing te nemen die stand houdt in een eventueel hoger beroep, die geaccepteerd wordt door partijen en appelleert aan het algemene rechtsgevoel.

82 In deze casus is sprake van een sterke *Rückbindung* aan de wet. Zie paragraaf 4.4 voor een nadere bespreking van dit rechtstheoretische concept.

De expliciete kennis zegt echter niets over de eigen toepassing in concrete situaties. Met behulp van praktisch inzicht bepaalt een actor welke expliciete kennis hij in die concrete situatie moet aanwenden. Praktisch kennen kan ook worden gezien als het draaipunt in de *generative dance* tussen het handelen van een actor enerzijds en de expliciete kennis die daarbij wordt aangewend anderzijds (Cook en Brown, 1998: p. 155). Dit betekent echter niet dat expliciete kennis ondergeschikt is aan praktisch kennen; beide kennisvormen staan in een dynamisch-dialectische verhouding tot elkaar. “But in actual reflection-in-action, as we have seen, doing and thinking are complementary. Doing extends thinking in the tests, moves, and probes of experimental action, and reflection feeds on doing and its results. Each feeds the other, and each sets boundaries for the other” (Schön, 1984: p. 280). Dat in processen van rechterlijke kennisvormen beide kennisvormen complementair gebruikt worden, blijkt uit het volgende citaat van een Middelstadse rechter. “Want zowel de processtukken, de schriftelijke stukken van partijen zelf als het proces-verbaal dat een neerslag is van wat er op de zitting is gezegd, vormen tezamen dat beeld en daaruit kan je afleiden wat de vaststaande feiten zijn en waar partijen van mening over verschillen. Maar ja als ik me toch vaak de zitting herinner, partijen herinner, dan zijn het ook de andere signalen die je niet altijd in het proces-verbaal kunt vastleggen die toch een beetje door mijn hoofd zweven. En die [signalen] spelen, denk ik, impliciet een rol bij de oordeelsvorming.”

6.5.3 Spelgevoel

Voor rechters is van groot belang dat zij beschikken over spelgevoel, situatiegevoel of *sense pratique*, om tot een geaccepteerde beslissing te kunnen komen. Spelgevoel is een bijzondere vorm van praktisch kennen. De rechtspraak wordt beheerst door verschillende regels. Het procesrecht en verschillende rechtersregelingen bepalen hoe een zaak behandeld moet worden en het materiële recht maakt uit of de beslissing geldingskracht heeft. De toepassing van deze spelregels, zo lezen wij onder andere bij Wittgenstein, is een handelingspraktijk. Deze regels beperken de rechter in zijn handelingsmogelijkheden; de rechter kan niet meer ongestraft alle andere handelingen verrichten. Rechters zullen deze regels veelal niet als een beperking ervaren omdat deze regels in hun denk- en handelingsschema zijn geïnternaliseerd. De eisen van het spel, *in casu* de rechtspraak, leggen zich spontaan op aan de ervaren spelers, zoals advocaten en rechters (De Jong, 1997: p. 330).

Voor het spontane begrip van de rechtsregels en de vanzelfsprekende, haast automatische, toepassing van de expliciete en stilzwijgende spelregels, is van belang dat het spelen van het spel voor de deelnemers vanzelfsprekend en belangrijk is en bovendien spelplezier oplevert (MacIntyre, 1981/1984: p. 197). De regels die de rechtspraak beheersen en de aanleiding voor procedures staan niet ter discussie voor de deelnemers aan een procedure. “[S]ocial games are games that are forgotten *qua* games, and the *illusio* is the enchanted relation to a game that is the product of a relation of ontological complicity between mental structures and the

objective structures of social space. That is what I meant in speaking of interest: games which matter to you are important and interesting because they have been imposed and introduced in your mind, in your body, in a form called the feel for the game” (Bourdieu, 1998: p. 77). De regels zijn dan ook constitutief aan de positie van de rechter, de procespartijen en hun procesvertegenwoordigers, en daarmee aan hun perspectief op het spel. Rechter Henderson, wier casus in hoofdstuk 4 aan de orde is geweest, sprak dan ook over het burgerlijk recht in ‘*zijn simpelste vorm als een soort gezond verstand*’. Het recht heeft voor haar een vanzelfsprekend karakter gekregen waardoor zij eigenlijk niet meer ‘bij het begin begint met haar gedachten’; dat wil zeggen zij expliciteert de rechtsregels niet voorafgaand aan processen van rechterlijke oordeelsvorming en zij staat niet stil bij het waarom van de rechtspraak. Het recht is een onderdeel geworden van haar primaire kijk op de casus.

Competente actoren die het spel talloze malen gespeeld hebben, zoals de rechter in de casus ‘Kerstversiering’, hebben het recht, handelingsstrategieën en de spelregels geïnternaliseerd. Voor hen is er geen sprake van het toepassen van de regels op de casus, maar de spelregels maken deel uit van hun denk- en handelingsschema waardoor zij in een oogopslag ‘zien’ hoe zij juist moeten handelen. Dit maakt dat als het spel door ervaren spelers wordt gespeeld, de handelingen een zekere vanzelfsprekendheid, eenvoudigheid en trefzekerheid lijken te hebben. “Having the feel for the game is having the game under the skin; it is to master in a practical way the future of the game; it is to have a sense of the history of the game. While the bad player is always off tempo, always too early or too late, the good player is the one who *anticipates*, who is ahead of the game. Why can she get ahead of the flow of the game? Because she has the immanent tendencies of the game in her body, in an incorporated state: she embodies the game” (Bourdieu, 1998: p. 82).

Goede rechters weten dankzij hun spelgevoel de juiste toon aan te slaan tijdens een zitting, de juiste formuleringen in een vonnis te kiezen en aan te voelen wanneer een schikking kan worden beproefd. De eerder opgevoerde rechter in de accountantszaak heeft spelgevoel; het maken van de opmerking valt samen met de *flow* van de zitting. Omdat het spelgevoel verbonden is met participatie, is het een vorm van stilzwijgende kennis. De rechter zou niet kunnen vertellen waarom hij juist op dat moment de zitting schorste om partijen een schikking te laten bespreken. Hooguit kan hij vuistregels geven hoe in zijn algemeenheid een schikking tot stand kan worden gebracht. Spelgevoel is dan ook een vorm van stilzwijgende kennis die ontwikkeld wordt door jarenlange ervaring. Hierbij moet de kanttekening worden geplaatst dat de ontwikkeling van spelgevoel wel in aanleg aanwezig moet zijn. Sommige, en in het geval van rechtspraak waarschijnlijk veel mensen, zal het nooit lukken om spelgevoel te ontwikkelen om het talent hiertoe ontbreekt. Deze mensen zullen altijd een ‘houterige motoriek’ houden en zich nooit ontwikkelen tot competente spelers.

6.6 Morele oordeelsvorming

De verhouding tussen recht en ethiek en het morele karakter van rechterlijke oordelen lijkt onderwerp van een niet-uitputtende stroom publicaties te zijn. Het onderzoek richt zich met name op de vraag in welke mate ethiek en morele beginselen een rol (behoren te) spelen in het recht en de rechterlijke oordeelsvorming. Mijn aandacht in dit onderzoek richt zich niet op de vraag hoe recht en ethiek zich in algemene zin tot elkaar verhouden, maar hoe rechters in een concrete zaak tot een moreel oordeel komen. Dat rechtspraak moreel geladen is en dat rechters worden geconfronteerd met ethische vraagstukken, wordt inmiddels door de overgrote meerheid van de hedendaags auteurs erkend (zie o.a. Honoré, 2002 voor een overzicht). Bovendien ervaren rechters over het algemeen de morele dimensie van hun werk.

In het wetenschappelijke en het maatschappelijke denken over morele oordeelsvorming lijkt een regelgeoriënteerde of deontische opvatting dominant. In deze benadering wordt morele oordeelsvorming in de eerste plaats gezien als het toepassen van duidelijke en vooraf gegeven ethische principes (zoals rechtvaardigheid, gelijke behandeling voor de wet, onpartijdigheid en vrijheid). Gezien het imperatieve karakter van deze beginselen kan beter gesproken worden van morele wetten. Deze morele wetten worden gezien als universeel en onafhankelijk van de specifieke omstandigheden van concrete situaties. Morele wetten ontleen hun richtinggevende overtuigingskracht aan dit universele en onafhankelijke karakter en schrijven voor hoe de actor in een concrete situatie *moet* handelen. Moreel geladen handelen heeft, in de tweede plaats, een hoogstpersoonlijk karakter. Met name de ethiek van Kant en de sociologie van Weber hebben grote invloed gehad op onze geïndividualiseerde visie op morele oordelen en morele oordeelsvorming.⁸³ In deze opvatting wordt goed handelen gedefinieerd als handelen vanuit een goede intentie, hetgeen wil zeggen dat dit handelen in overeenstemming is met de categorische imperatief, de absolute morele wet die ieder mens bij zich draagt (Veenbaas en Visser, 2006: p. 15). Morele uitspraken zijn dan ook de weergave van een gevoel, een persoonlijke voorkeur of een attitude waarin uiting gegeven wordt van de algemeen geldende morele wetten (MacIntyre, 1981/1984: p. 45).

Op de zojuist beschreven opvatting van morele oordeelsvorming is door onder anderen John Dewey (1930) en Alasdair MacIntyre (1981/1984) en in de Nederlandse literatuur door Telders (1927) en Eggens (1949/1998) fundamentele kritiek geuit. Hun kritiek valt in drie delen uiteen. Allereerst wordt in de regelgeoriënteerde opvatting onvoldoende uitdrukking gegeven aan het sociale en historische karakter van morele principes. Rechters zijn bekend met morele beginselen, niet omdat zij een categorische imperatief in zich dragen, maar omdat zij participeren aan een handelingspraktijk waarin deze morele beginselen worden geproduceerd.

83 Zie o.a. *Kritik der praktischen Vernunft* van Kant (1788/2006) en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* van Weber (1924/1968).

Deze algemene (morele) wetten kunnen niet voorschrijven hoe in iedere concrete situatie moet worden gehandeld. Centraal staat de morele geladenheid van een concrete handeling, een concreet oordeel, en niet het achterliggende beginsel. Morele oordeelsvorming is dan ook contextueel en situationeel bepaald.⁸⁴ In de laatste plaats wordt ethiek, en daarmee morele oordeelsvorming, in de regelgeoriënteerde benadering als een van de waarneembare werkelijkheid afgezonderd domein behandeld. Deze benadering sluit echter niet aan bij de wijze waarop rechters in de alledaagse rechtspraktijk met morele vraagstukken worden geconfronteerd. Normen, waarden en morele beginselen zijn een integraal onderdeel van het sociale leven en daarmee van rechterlijke oordeelsvorming.

De praktijkgeoriënteerde of naturalistische ethiek biedt een alternatieve benadering van morele oordeelsvorming die recht doet aan de zojuist genoemde kritiekpunten. In subparagraaf 6.6.1 werk ik deze benadering van morele oordeelsvorming uit. Vervolgens besteed ik aandacht aan de betekenis van praktische wijsheid bij morele oordeelsvorming (6.6.2).

6.6.1 Morele oordeelsvorming als handelingspraktijk

Moraliteit is sociaalhistorisch gevormd

Waarden, normen en ethische beginselen zijn doorlopend onderwerp van verandering en ontwikkeling. De maatschappelijke omstandigheden en historische gebeurtenissen hebben een grote invloed op de ontwikkeling van de moraal. MacIntyre (1981/1984: p. 121 e.v.) heeft laten zien dat de Westerse ethiek een verzameling van historisch gegroeide morele opvattingen is. Niet alleen de inhoud maar ook de uitgangspunten en het object van de ethiek verschillen per tijdperk en samenleving. De verschillende samenlevingen stellen andere eisen aan hun leden en handelingen. Deze maatschappelijke condities zijn bepalend voor de ontwikkeling van handelings- en denkschema's. Bij deze ontwikkeling speelt routinevorming een belangrijke rol; morele beginselen en normen "ontstaan min of meer onbewust uit de *habits* die een samenleving er op nahoudt. Na verloop van tijd zijn deze morele normen zo geworteld in het alledaagse denken dat hun neiging tot zelfbehoud blijft voortbestaan na het wegvallen van de eraan ten grondslag liggende *habits*" (Logister, 2004: p. 179).

Een handelingspraktijk, zo zagen wij hierboven, bevat niet alleen technisch-instrumentele standaarden voor individuele handelingen, maar heeft bovenal een constituerend karakter. Het laatste heeft betrekking op de doelstellingen, redengevingen en betekenissen die ten grond-

84 Telders en Eggens hebben op aansprekende wijze uitwerking gegeven aan het gemengde persoonlijke en sociale karakter van morele verplichtingen, de morele gebondenheid aan positiefrechtelijke verplichten en de wilsvrijheid van individuen. In hun benadering vormt het hegeliaanse persoonlijkheidsconcept het draaipunt tussen het individuele en het collectieve domein. Dit persoonsbegrip, en de ontwikkeling daarvan, is voor beide schrijvers de kern van het recht. Zie voor een nadere uitwerking onder andere Telders (1927) en Eggens (1949/1998: p. 350 e.v.) en voor een integrale bespreking van beide auteurs Van Dunné (1983/1984).

slag liggen aan ons handelen. Waarden en ethische beginselen gaan juist over die aspecten en vragen. Waartoe dient ons handelen? Welke zaken en doelen zijn nastrevenswaardig? Welke handelingen zijn juist verwerpelijk? De antwoorden op deze vragen zijn het fundament onder een handelingspraktijk en hebben in zeer sterke mate een constituerend karakter. De waarden die aan een handelingspraktijk ten grondslag liggen zijn voor competente deelnemers aan de praktijk dan ook min of meer vanzelfsprekend. De handelingspraktijk bevat “standards of excellence and obedience to rules as well as the achievement of goods. To enter into a practice is to accept the authority of those standards and the inadequacy of my own performance as judged by them” (MacIntyre, 1981/1984: p. 190).

Handelingspraktijken hebben een verleden en zijn de voorlopige uitkomst van een historische ontwikkeling. De beslissing in de casus ‘Kerstversiering’ komt tot stand in de traditie van eerdere rechtspraak en draagt tegelijkertijd bij aan deze traditie. Zoals nader uitgewerkt in paragraaf 6.7 zien wij dat een moreel geladen rechtsbeginsel als *fair play* en het leerstuk onge-rechtvaardigde verrijking op de achtergrond een rol meespelen. Waarden, normen en morele oordelen zijn als een onderdeel van de handelingspraktijk dan ook alleen te begrijpen in het licht van hun eigen evolutie. Niet de *homo universalis* maar de historisch gevormde actor kan in een dergelijke moreel geladen handelingspraktijk opereren (Kal, 1999: p. 556). Zoals wij ook al bij Holmes zagen, zijn de doelen die in een handelingspraktijk worden nagestreefd, niet statisch of extern bepaald, maar zij liggen in de handelingspraktijk zelf besloten – in het geval van rechtspraak de productie van geaccepteerde beslissingen – en ontwikkelen zij zich met de handelingspraktijk mee.⁸⁵ Met iedere rechterlijke beslissing wordt de doelstelling van de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming herbevestigd en opnieuw bepaald. “Practices never have a goal or goals fixed for all time – painting has no such goal nor has physics – but the goals themselves are transmuted by the history of the activity. It therefore turns out not to be accidental that every practice has its own history and a history which is more and other than that of the improvement of technical skills. The historical dimension is crucial in relation to the virtues” (MacIntyre, 1981/1984: p. 194).

De moraal heeft betrekking op de verhouding tussen mensen en hoe op verschillende wijzen invulling gegeven wordt aan die verhouding. Morele oordeelsvorming is een bijzondere vorm van sociaal handelen dat naar zijn aard is op anderen gericht.⁸⁶ Pas in relatie tot anderen, als de handeling door de sociale omgeving herkend en erkend wordt, krijgt morele oordeelsvorming vorm en inhoud. “[Moral judgment] emerges and is accounted for in people’s continuous interactions with each other” (Wagenaar, 2002: p. 26). Bij ons handelen betrekken we de

85 Zie subparagraaf 3.2.2.

86 Het hegeliaanse adagium “*Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*” geeft goed uitdrukking aan dit karakter van morele oordeelsvorming (Van Dunné, 1983/1984: p. 136).

(morele) opvattingen van anderen over die handeling. Deze opvattingen spelen een rol bij de *ex ante* evaluatie van verschillende handelingsmogelijkheden. De mening van de sociale omgeving wordt zo geïntegreerd in het gedrag van de individuele actor (Logister, 2004: p. 191). Met name voor de rechtspraak zijn deze opvattingen van belang voor de acceptatie van het oordeel. Een rechterlijk oordeel dat door procespartijen en/of de (rechts)gemeenschap wordt afgewezen, als onrechtvaardig of moreel onjuist wordt beschouwd, heeft in de regel gezag noch duurzaam effect. Zie in dit verband ook Scholtens opmerking dat een rechter orgaan is van de gemeenschap en derhalve rekening dient te houden met de opvattingen van de rechtsgemeenschap (Scholten, 1931/1974: p. 128).

Het vermogen tot morele oordeelsvorming is dan ook niet aangeboren en rust niet in een categorische imperatief, maar is een sociale vaardigheid. Deze vaardigheid stelt de handelende actor in staat in concrete normatief geladen situaties op juiste, dat wil zeggen op effectieve en acceptabele, wijze te handelen. Deze vaardigheid wordt ontwikkeld doordat wij van jongs af aan participeren in situaties waarin morele keuzes gemaakt moeten worden. Voorbeelden zijn keuzes tussen loyaliteit aan vrienden en het eigenbelang, eerlijk zijn en een leugen(tje om bestwil), opportunisme en *Prinzipienreiterei*. Morele oordeelsvorming wordt hierdoor een routine, een tweede natuur van handelende actoren (Wagenaar, 2002: p. 28). De waarden, normen en morele beginselen die in de sociale omgeving gelden waarin wij opgroeien, hebben niet alleen betrekking op onze handelwijzen maar zijn tevens constituerend aan onze denk- en handelingsschema's.

Morele oordeelsvorming is contextueel en situationeel bepaald

Vaak wordt ethiek geassocieerd met grote levensvraagstukken, thema's die betrekking hebben op leven en dood (abortus, euthanasie en genetische modificatie). De behandeling van deze grote vragen zijn buitengewoon belangrijk omdat zij de ethische grenzen markeren, maar in de dagelijkse praktijk van de rechtspraak komen deze vraagstukken echter zelden expliciet aan bod (Wagenaar, 2002: p. 26). De moraliteit waarmee de rechter te maken heeft, is praktisch en ingebed in de duizenden interacties die niet alleen aanleiding geven tot maatschappelijke of juridische kwesties, maar die ook het kader vormen waarbinnen deze moeten worden opgelost. In casus 'Kerstversiering' gaat het bijvoorbeeld om eerlijk zaken doen en de redelijke verhouding tussen huurder en verhuurder. Ethiek biedt in de handelingspraktijkbenadering geen universele code, catalogus of algemeen geldende wet waarop handelende actoren een beroep kunnen doen in geval van twijfel of morele conflicten. Moraliteit, zo lezen wij bij Dewey, heeft betrekking op concrete levenssituaties waarin mensen praktische problemen ondervinden bij hun handelen (Logister, 2004: p. 178). Morele dilemma's dienen zich juist aan in situaties waarin verschillende ethische principes met elkaar in conflict zijn, of waar een principe voor meerdere uitleg vatbaar is; situaties die de actor niet routinematig kan oplossen, of, met andere woorden, waarin er geen sprake is van een coherente morele code. Ook in die

situaties waarin waarden in hun effectuering onvergelykbaar of onverenigbaar zijn, wordt van rechters een geaccepteerde beslissing verwacht.

Morele oordeelsvorming is dus rechtstreeks, intuïtief, concreet, interactief, pragmatisch, persoonlijk en actiegericht. Het is probleemgericht, dat wil zeggen het maakt een integraal onderdeel uit van het probleemoplossend vermogen van de competente leden van een gemeenschap. Morele oordeelsvorming fungeert tegelijkertijd als een vorm van waarneming, als een manier om betekenis te verlenen aan feiten, omstandigheden en gebeurtenissen in onbepaalde en onzekere situaties. En, in tegenstelling tot de traditionele syllogistische opvatting: morele oordeelsvorming is niet iets wat zich afspeelt in de hoofden van mensen, maar in de voortdurende omgang met elkaar (Wagenaar, 2002). Juist in deze doorlopende actualisering, (re)productie van waarden en normen in concrete handelingssituaties, worden morele beginselen tot uiting gebracht in relatie tot anderen. “Een morele situatie kenmerkt zich erdoor dat er een transactie plaatsvindt tussen een individu en zijn sociale omgeving” (Logister, 2004: p. 190).

Voor de rechter betekent dit alles dat er niet zoiets bestaat als de *essentie* van rechterlijke of morele oordeelsvorming (Menand, 2001: p. 339). Elke zaak behelst een uniek feitencomplex dat blootstaat aan een veelheid van praktisch en morele imperatieven. Zoals Menand stelt, houdt dat onder andere in de eis van consistentie (de beslissing moet in overeenstemming zijn met eerdere beslissingen in soortgelijke zaken), van morele relevantie (is de beslissing in overeenstemming met het rechtsgevoel dat ten aanzien van de kwestie leeft in de samenleving?) van maatschappelijke relevantie (zendt de beslissing de juiste boodschap uit naar de samenleving?), de eis van een juiste proportionele beslissing, en het rechtseconomische imperatief om waar nodig tot een rechtvaardige verdeling van kosten en baten te geraken. En boven al deze eisen al of niet een rol spelen in de rechterlijke oordeelsvorming – en die niet zelden met elkaar in conflict zijn – in een concreet geval hangt de meta-eis dat niet de indruk mag worden gewekt dat de zaak beslist is op grond van één van deze imperatieven ten koste van de andere.

Waarden, normen, moraliteit en ethische beginselen staan dus niet boven elke context, maar moeten in het dagelijkse leven worden gezocht. Het leven zelf is uiteindelijk het proces dat het doel van de moraal aangeeft (Logister, 2004: p. 180); een leven dat naar zijn aard imperfect en dynamisch is. Dit geldt ook voor de realisatie van morele beginselen in concrete situaties. Net als de rechtspraak in algemene zin, heeft morele oordeelsvorming van nature een open, onbepaald en discursief karakter (Wagenaar, 2002: p. 26). Morele beginselen zijn niet richtinggevend bij het oplossen van moreelgeladen situaties, maar een bron met oplossingsrichtingen die een handelende actor gebruikt bij concrete handelingssituaties. Of zoals Holmes schreef: “‘Justice’ and ‘fairness’ are slogans propping up particular struggles” (Menand, 2001: p. 64).

Door haar contextuele en situationele karakter maakt morele oordeelsvorming derhalve een integraal deel uit van rechterlijke oordeelsvorming. “Moral judgment is problem-oriented; it is an integral part of people’s problem solving activities, in which it functions simultaneously

as a mode of perception and discernment, and as a way of giving meaning to facts, events and behaviour under circumstances of uncertainty” (Wagenaar, 2002: p. 25). De scheiding die Holmes tussen rechten en morele verplichtingen aanbracht, is vanuit dit perspectief gezien te scherp.⁸⁷ Morele oordelen maken weldegelijk een integraal deel uit van processen van rechterlijke oordeelsvorming. Het onderscheid tussen een moreel, een feitelijk en een juridisch domein heeft hooguit een betekenis voor de analyse van rechterlijke oordeelsvorming. In de dagelijkse praktijk van rechtspraak kan en wordt dit onderscheid niet gemaakt zoals wij zien in de casus ‘Kerstversiering’. Processen van morele oordeelsvorming maken een integraal onderdeel uit van de beoordeling van de casus. De rechter beoordeelt de handelwijze van de verhuurder als onzuiver. Dit blijkt onder andere uit het volgende citaat: “*Als verhuurder kan je niet zeggen zodra het pand helemaal opgeknapt is, kip ik heb je.*”

6.6.2 Praktische wijsheid

Rechters zijn in processen van rechterlijke oordeelsvorming gericht op een rechtvaardige uitkomst en worden door procespartijen en de publieke opinie alleen rechtvaardige oordelen geaccepteerd. Of zoals een Middelstadse rechter het zei: “*Onrechtvaardig gaat niet.*”⁸⁸ Wie over rechtvaardigheid schrijft, kan niet om de deugdeethiek van Aristoteles heen (Van den Berg, 2000: p. 48). In Aristoteles’ benadering komt rechtvaardigheid tot stand in concrete verhoudingen tussen mensen, waarbij onder de gegeven omstandigheden ieder het zijne behoort te krijgen. Onder andere de rechtvaardigheidsopvatting van Scholten die in 3.3.1 is uitgewerkt, is een uitwerking van deze benadering. Wat *in concreto* rechtvaardig is, laat zich dan ook niet in algemene termen uitdrukken (Van den Berg, 2000: p. 147). Bij een rechtvaardige verdeling tussen partijen is de onderlinge verhouding min of meer in balans, zo stelde Aristoteles in zijn *Ethica Nicomachea*. Het vaststellen van rechtvaardigheid is gericht op het bepalen van het midden tussen twee vormen van onrecht. “We have already said that one should choose the mean – not the excess, nor the deficiency – and that the mean is as the right principle dictates” (Aristoteles, 2004: p. 144). Omdat de verhoudingen tussen mensen open, onbepaald en veranderlijk zijn, geldt dat het midden niet zonder meer kan worden bepaald. Aristoteles stelt daarom als extra eis dat het midden daar ligt waar de man met praktische wijsheid deze definieert (Sorbaji, 1980: p. 206).⁸⁹ In de volgende alinea zal ik deze aanvullende eis uitwerken.

87 Zie paragraaf 3.2.3.

88 Zie ook Scholten: “Naar mijn mening zal iedere analyse van het rechtsoordeel tot de erkenning van dit zedelijke a priori moeten komen, toont de ontleding zelve de onhoudbaarheid der opvatting, die meent in het recht niet met de gerechtigheid te mogen rekenen” (1931/1974: p. 68).

89 De persoonlijke kijk van een rechter op het juiste midden is medebepalend voor de uitkomst van dit proces. De positie, de opvattingen en de achtergrond van de rechter spelen hierbij een rol. Omdat de rechter in een handelingspraktijk opereert die bloot staat aan diverse sociale krachten, wordt de algemene rechtvaardigheidsopvatting in zekere mate ‘opgedrongen’ aan de rechter.

Voor Aristoteles is geluk of welzijn (*eudaimonia*) het uiteindelijke doel waarop al het menselijk handelen gericht moet zijn. “If, then, our activities have some end which we want for its own sake [...] it is clear that this must be the good, that is, the supreme good” (Aristoteles, 2004: p. 4).⁹⁰ De rechtvaardigheid wordt per definitie in het perspectief van de realisatie van geluk beschouwd en wordt daarom gezien als de grootste van de deugden (Van den Berg, 2000: p. 51). Rechtvaardigheid kan volgens Aristoteles twee vormen aannemen: als een relationele categorie, betreffende de relaties tussen de leden van de gemeenschap, of als de kwaliteit van een individu welke gericht is op een deugdzame levenswijze (Soeharno, 2005: p. 245). Voor de rechtspraak zijn beide categorieën van rechtvaardigheid van belang. Zonder een rechtvaardige houding van individuen kunnen geen rechtvaardige relaties tussen leden van de gemeenschap tot stand komen. Dit betekent dat rechtvaardigheid een individuele deugd is gericht op de situatie van de ander en wanneer deze in een publieke functie wordt uitgeoefend, zoals in het geval van rechtspraak, op de situatie van derden (Soeharno, 2005: p. 245-6). Zoals gezegd, zijn de eindpunten en verhoudingen waarmee het juiste midden moet worden vastgesteld, geen exacte of getalsmatige gegevens (Van den Berg, 2000: p. 63). De logica kan dan ook slechts een beperkte rol spelen in dit proces. Het vermogen om het midden tussen partijen, de rechtvaardigheid, te kunnen vinden, wordt ook wel praktische wijsheid of *phronesis* genoemd. De praktische wijsheid, zo zal ik hieronder demonstreren, speelt een belangrijke rol in de rechtspraak. In deze subparagraaf zal ik nadere invulling geven aan dit aan Aristoteles ontleende kennisconcept.

Technē en phronesis

Aristoteles onderscheidt in zijn deugdeethiek twee vormen van praktische, handelingsgerichte kennis: *technē* en *phronesis* (Dunne, 1993: p. 237). Beide kennisvormen hebben betrekking op verschillende menselijke activiteiten; twee domeinen van de menselijke rede, ieder met een eigen logica en toepassingsgebied.

Technē laat zich het best vergelijken met een ambacht of technische vaardigheden. Volgens Aristoteles omvat dit domein het gericht maken of produceren van iets (*poiēsis*), bijvoorbeeld een paar schoenen. Het resultaat van de productie ligt derhalve altijd buiten zichzelf, zoals in het geval van de inspanningen van een schoenmaker in de schoen (Aristoteles, 2004: p. 150). Dit houdt in dat de juistheid van de technische vaardigheden min of meer uitputtend kan worden gedefinieerd in termen van de kwaliteit van het object dat wordt geproduceerd. De kwaliteiten van een goede schoen bijvoorbeeld kunnen vooraf vastgesteld worden, en,

90 Het gaat hier om de algemene doeleinden van het menselijke handelen. Hoe het goede of het welzijn zich in actuele situaties concretiseert, hangt van de omstandigheden van het geval af. Daarnaast verschilt de invulling van het goede per tijdperk en samenleving.

nadat de schoen is geproduceerd, met grote nauwkeurigheid en onderlinge overeenstemming worden vastgesteld. De criteria voor technische juistheid liggen dus volledige besloten in het te produceren object (Bostock, 2000: p. 81).

Ook het rechterlijk werk bevat ambachtelijke elementen. Met name bij het opstellen van een vonnis wendt een rechter ambachtelijke of technische vaardigheden aan. Hierbij oriënteert de rechter zich op de standaard voor een goed vonnis. Deze bestaat onder andere uit een vaste opbouw, het juiste gebruik van juridische terminologie, het correct toepassen van de grammatica- en spellingsregels en helder taalgebruik. Achteraf kunnen de rechter of derden vaststellen of het opgestelde vonnis aan de standaarden van een goed vonnis voldoet. Deze kwaliteitscriteria gelden altijd en zijn onafhankelijk van het verloop van de procedure en de materiële inhoud van het vonnis. Bij het concipiëren van een vonnis worden deze criteria toegepast zonder dat het gekozen instrument en de achterliggende doelstelling ter discussie staan (Kronman, 1990: p. 55). In de kwaliteitsstandaarden ligt echter niet besloten hoe het product of eindresultaat tot stand gebracht moet worden. Het maakt in beginsel dus niet uit wie het vonnis schrijft (de rechter of een gerechtssecretaris onder verantwoordelijkheid van een rechter), waar het vonnis wordt geconcipeerd (thuis of op de rechtbank) en hoe het vonnis tot stand is gekomen (in één keer of na veel correcties, aanpassingen en aarzelingen).

In de rechtspraak is de beheersing van technische vaardigheden zonder meer van grote betekenis, maar zij raakt niet de kern van de rechterlijke oordeelsvorming. Hiervoor is van belang dat de rechter zich – rechtstreeks op de zitting of indirect via het vonnis – op prudente wijze tot partijen verhoudt. In Aristoteles' deugdethiek speelt deze prudentie, *phronesis* of praktische wijsheid genoemd, dan ook een belangrijke rol (Dunne, 1993: p. 243). Praktische wijsheid is gericht op de realisatie van het concrete geluk en daarom de centrale deugd die aan alle andere deugden – zoals het vinden van de rechtvaardigheid – vooraf gaat (Soeharno, 2005: p. 243). Algemeen geformuleerd is praktische wijsheid “concerned with acts that are just and admirable and good for man [...]” (Aristoteles, 2004: p. 162). Praktische wijsheid ligt dus besloten in het handelen zelf en is afhankelijk van de wijze waarop in concrete verhoudingen inhoud gegeven wordt aan de relatie met anderen. “For all these faculties are concerned with ultimate or particular things, and to be an understanding and considerate or sympathetic person consists in being able to judge about those things with which the prudent man is concerned; for equitable acts are common to all good man in their behaviour towards others” (Aristoteles, 2004: pp. 160-1).

Praktische wijsheid maakt altijd onderdeel uit van wat zich afspeelt in een bepaalde gemeenschap, het involveert altijd de ander (Dunne, 1993: p.10). Bijgevolg zijn standaarden voor de juistheid van iemands handelen niet *a priori* gegeven. Ze liggen besloten in de tradities, gewoonten en morele opvattingen van die gemeenschap en moeten daarin gevonden worden. In vergelijking met *technē* zijn in het geval van *phronesis* de kwaliteitscriteria veel omvattender en diffuser. *Phronesis* omvat niet alleen de algemene maatstaven die gelden voor dat handelen,

maar ook de unieke criteria die van toepassing zijn op de concrete zaak of kwestie. Een voorbeeld uit de civiele rechtspraak is de houding van de rechter tijdens een comparitie. Deze wordt afgemeten aan zowel de algemene criteria als aan het actuele optreden en valt samen met de handelwijze in een concrete zitting.

Praktische wijsheid als vermogen om het rechtvaardige midden te bepalen

Praktische wijsheid kan volgens Aristoteles uitsluitend worden gebruikt om het geluk na te streven. Rechterlijke verstandigheid getuigt derhalve van innerlijke gerichtheid op de rechtvaardigheid zelf, het welzijn van de gemeenschap en de specifieke handelingsdoeleinden (Soeharno, 2005: p. 248). Dit betekent dat de rechter georiënteerd is op het geluk in zijn algemeenheid én het concrete geval. Zonder een beeld te hebben van geluk in algemene zin zou het in de visie van Aristoteles onmogelijk zijn het geluk *in concreto* vast te stellen (Sorabji, 1980: p. 207). Tegelijkertijd houdt de rechter de bijzondere kenmerken van het concrete geval in het oog. “Again, prudence is not concerned with universals only; it must also take cognizance of particulars, because it is concerned with conduct, and conduct has its sphere in particular circumstances” (Aristoteles, 2004: p. 154). Praktische wijsheid maakt dit dubbele perspectief op het algemene en het concrete mogelijk. “[Practical wisdom] enables a man, in the light of his conception of the good life in general, to perceive what generosity requires of him, or more generally what virtue [...] require him, in the particular case, and it instructs him to act accordingly. A picture of good life will save him from giving away too much, or too little, or to the wrong causes, in particular instances” (Sorabji, 1980: p. 206).

Bij praktische wijsheid speelt (interne) beraadslaging een centrale rol om het algemene en concrete perspectief te kunnen verenigen. “Practical wisdom involves the ability to deliberate. The man of practical wisdom deliberates with a view not merely to particular goals but to the good life in general, with a view to the best, and with a view to happiness. At the same time he is concerned not only with universals, such as the good life in general, but also with particular actions” (Sorabji, 1980: pp. 205-6). Deze deliberatie laat zich het best vergelijken met het karakter van een dialoog tussen of een dubbele focus op betrokkenheid en distantie. In het geval van het bepalen van het midden tussen de belangen van partijen, betekent dit de ontwikkeling van een zekere compassie of sympathie met één van beide partijen (Kronman, 1993: p. 70). Om deze positieve affectieve gevoelens te compenseren, is het nodig dat tegelijkertijd afstand genomen wordt. Dit dubbele perspectief, het heen en weer pendelen tussen compassie en afstand, zorgt ervoor dat het midden gevonden kan worden. Een rechter in de rechtbank Middelstad merkte hierover het volgende op: “*Het is fijn om aan het eind van de zitting inderdaad het idee te hebben dat geen van beide partijen helemaal gelijk heeft. [...] Ik ben altijd heel blij als ik tijdens de zitting nu eens heb gedacht die heeft gelijk en dan weer heb gedacht, die heeft gelijk.*”

De dubbele focus op distantie en betrokkenheid is een buitengewoon complex en delicaat proces. “Compassion and detachment pull in opposite directions and we are not always able to combine them, nor is everyone equally good at doing so” (Kronman, 1990: pp. 72-3). De vergelijking met het gebruik van een rechtsbeginsel als rechtvaardigheid, dat ook een dubbel criterium bevat, dringt zich hier op. Om uiteindelijk aan het krachtenveld te kunnen ontsnappen, moet de verstandige mens op basis van persoonlijke kracht een keuze maken. Om in *concreto* rechtvaardig te zijn, is het niet voldoende om datgene te doen wat een rechtvaardige mens zou doen. Aan iedere rechtvaardige handeling ligt een keuze ten grondslag (Sorabji, 1980: p. 201). Praktische wijsheid wordt dus altijd gericht, gewild en doelbewust aangewend. De zaken waarin de praktische wijsheid expliciet wordt gebruikt, de zaken waarin de weegschaal naar beide kanten kan doorslaan, worden door rechters als lastig beschouwd. Deze zaken vereisen veel tijd voor afwegingsvragen en rechters moeten de argumenten voor en tegen een bepaalde beslissing wegen.⁹¹

Hoewel deliberatie een belangrijk aspect van praktische wijsheid is, is expliciete kennis niet doorslaggevend. Om uiteindelijk de deliberatieve cirkel te kunnen doorbreken, moet de verstandige mens een keuze maken. Deze keuze, de sprong van de deliberatie naar het daadwerkelijke handelen, is deels op een intuïtieve grondslag en stilzwijgende kennis gebaseerd. Of zoals Aristoteles zelf schrijft: “no process is set going by mere thought – only by purposive and practical thought, for it is this that also originates productive thought” (1953/1976: p. 146). De intuïtie fungeert als de laatste term van verstandigheid. Hiermee wordt bedoeld dat de verstandige mens pas tot handelen overgaat als hij ‘ziet’ dat het resultaat van zijn voorgenomen handeling goed is (Soeharno, 2005: p. 255). Aristoteles maakt in boek 6 van de *Ethica* zes keer een vergelijking met de zintuiglijke perceptie om de werking van kennis, waaronder praktische wijsheid, te illustreren. Dit onderstreept dat ‘zien’ dat een totale, integrale kijk op een zaak oplevert, een primaire vorm van morele oordeelsvorming is, zoals Van Dunné (2006: pp. 5 e.v.) heeft betoogd in zijn afscheidsrede met de titel ‘*Zien is kennen: omzien ook*’. Ook Holmes en Scholten hebben de rol van het zien, het inzicht, in processen van rechterlijke oordeelsvorming benadrukt.⁹² Praktische wijsheid kan dan ook beschouwd worden als een bijzondere vorm van praktisch kennen. Deze laatste stap in het besluitvormingsproces onttrekt zich dus aan het rationele zicht. “Just where the need for it is greatest, therefore, the nature of the statesman’s [waartoe rechters gerekend worden] art remains obscure” (Kronman,

91 Dit werd door diverse Middelstadse rechters aangegeven.

92 Illustratief zijn de volgende citaten: “But in fact lawyers, like other men, frequently see well enough how they ought to decide on a given state of facts without being very clear on the *ratio decidendi*” (Holmes, 1870/1997: p. xx); en “Ook de rechter, die intuïtief, onmiddellijk nadat een zaak hem is voorgelegd, de beslissing ‘ziet’, ook al weet hij niet precies, hoe hij haar zal motiveren, gebruikt in die intuïtieve kijk zijn rechtskennis – zijn gehele ervaring” (Scholten, 1931/1974: p. 132).

1990: p. 61). Deze laatste stap, door een Middelstadse rechter zeer treffend omschreven als “*Vandaag gaan wij voor Salomo*”, wortelt in het karakter van de verstandige mens.⁹³

Praktische wijsheid als persoonlijke kwaliteit

Praktische wijsheid is een kwaliteit die nauw verbonden is met de persoon van de verstandige mens. Zoals wij hierboven zagen, is praktische wijsheid altijd gericht op de realisatie van geluk. Praktische wijsheid had voor Aristoteles een ethische waarde. Dit betekent dat een verstandige mens het geluk, althans de oriëntatie daarop, verinnerlijkt moet hebben. Om rechtvaardig te kunnen handelen, dient de rechter een stabiele rechtvaardige houding te hebben die ervoor zorgt dat hij een juiste instelling ten opzichte van de gemeenschap heeft (Soeharno, 2005: p. 246). Het betreft de affectieve houding tot de sociale omgeving, en voor rechters, de rechtsgemeenschap. De praktische wijsheid zorgt ervoor dat de juiste houding op het juiste moment en op de juiste wijze wordt gerealiseerd. De rechtvaardigheid, die zich in het recht hebben uitgekristalliseerd in rechtsbeginselen, is dus in zekere zin onderdeel geworden van de verstandige mens. Praktische wijsheid is een *state of mind* dat in al het handelen van de verstandige mens tot uiting komt. “[Prudence] is concerned with acts that are just and admirable and good for man; but these are the acts that are characteristic of the good man, and *knowing* about them does not make us any more capable of *doing* them, if the virtues are states of character” (Aristoteles, 2004: p. 162). Praktische wijsheid is dus altijd aanwezig; praktische wijsheid kan niet worden uitgeschakeld of verleerd, wat bijvoorbeeld wel mogelijk is met technische vaardigheden.

Tussen houding en verstandigheid bestaat een wisselwerking. Door het voortdurend nemen van de juiste beslissingen verbetert de verstandige zijn houding, waardoor hij weer beter in staat is de juiste beslissingen te nemen (Soeharno, 2005: p. 247). De vorming van praktische wijsheid is dus afhankelijk van ervaring. Aristoteles schrijft hierover: “That is why these states are considered to be natural gifts, whereas nobody is thought to be endowed by nature with wisdom, although he may have judgement and understanding and intuition. This is shown by our belief that these qualities depend upon age, i.e. that a given age possesses sense and judgement, which implies that they are bestowed by nature. [...] We should therefore pay no less attention to the unproved assertions and opinions of experienced and older people than to demonstrations of fact; because they have an insight from their experience which enables them to see correctly” (2004: p. 161). Levenservaring stelt de verstandige mens in staat om in alledaagse situaties het goede of midden te ‘zien’ en rechtvaardig te oordelen (Hol, 1997: p. 100). Het citaat van de eerder aangehaalde rechter die sprak over het onderscheid tussen ruis en de kern van een geschil, is hiervan een voorbeeld.

93 Koning Salomo stond bekend om zijn wijsheid en inzicht in menselijke verhoudingen. Alom bekend is zijn oordeel over de toekenning van een kind dat door twee vrouwen werd geclaimd.

6.7 Analyse casus ‘Kerstversiering’

Aan de hand van de inzichten die in dit hoofdstuk de revue hebben gepasseerd, zal ik hieronder de casus ‘Kerstversiering’ analyseren.

Oercasus

De aanleiding voor de casus ‘Kerstversiering’ is de voorgenomen ontruiming van het door huurder gehuurde bedrijfspand. De huurder verzet zich hiertegen waarop de verhuurder bij de voorzieningenrechter ontruiming van het pand vordert.

De oercasus wordt verrijkt met elementen die nodig zijn voor de besluitvorming. De huurder is bezig met de installatie van een voor zijn handel verplichte sprinklerinstallatie in het gehuurde bedrijfspand. Voor deze verbouwing heeft hij de verhuurder vooraf niet om toestemming gevraagd. De verhuurder is niet bereid deze toestemming te geven zodra hij merkt dat de verbouwingsactiviteiten plaatsvinden. De juridische vraag richt zich op de mate waarin de plaatsing van de sprinklerinstallatie een tekortkoming in de naleving van de overeenkomst is en of deze tekortkoming zwaarwegend genoeg is voor ontruiming. Het belang van de verhuurder om over zijn eigendom te kunnen beschikken wordt afgewogen tegen het belang van de huurder om zijn onderneming te kunnen *runnen* vanuit een daarvoor geschikte locatie.

Interactie met setting

De rechter en de griffier roepen een setting in het leven die hen in staat stelt te handelen. Uit het feitencomplex destilleert de rechter de feiten die hij relevant vindt. *“Laten we even van de feiten uitgaan die ik relevant vind. Er is sprake van een opslag voor kerstversiering. Hiervoor heeft de huurder geen toestemming gevraagd aan de verhuurder. Het is een begin van een ingrijpende verbouwing. Huurder heeft in deze verbouwing geïnvesteerd.”* De casus krijgt relevantie vanuit het perspectief dat de rechter een beslissing moet nemen. De beoordeling van de casus kan niet worden losgezien van de handelingsimperatief die op de rechter rust, de verplichting om een oordeel uit te spreken. Het hele onderzoek – die in deze bestond uit de voorbereiding op de zitting, de zitting zelf, het raadkameroverleg en het uitwerken van het vonnis – is ter voorbereiding op die uiteindelijke beslissing.

In het raadkameroverleg zijn drie deelprocessen van oordeelsvorming te onderscheiden: de uitsluiting van alternatieve beslissingsrichtingen, een proces van groeiende overtuiging en een proces van begripsvorming. Deze verschillende deelprocessen zal ik met voorbeelden uit de casus illustreren.

Uitsluiting alternatieve beslissingsrichtingen

De griffier en de rechter sluiten in het begin van het raadkameroverleg een aantal beslissingsrichtingen uit. De griffier stelt een vraag over de juridische identiteit van de huurder die hij gelijk, zei het met enige onzekerheid, beantwoordt. *“De eerste vraag die we moeten beantwoorden, is wie de huurder is. Als De Vries zelf huurder is, dan houdt het op. Overigens denk ik dat bv de huurder is.”* Met deze vraag probeert de griffier af te tasten of een ‘binnenbocht’ van een formele afwijzing genomen kan worden en de zaak eenvoudig kan worden afgedaan. Als De Vries als natuurlijk persoon huurder geweest zou zijn, dan zou de verkeerde partij gedagvaard zijn en kon deze zaak vrij eenvoudig worden afgedaan. De rechter ziet niets in dit spoor: *“De huurovereenkomst is door contractsovername overgegaan van De Vries als natuurlijk persoon naar De Vries bv. Dat lijkt me een uitgemaakte zaak.”* De juridische identiteit van partijen is een punt waar de rechter vrij makkelijk overheen kan stappen in de oordeelsvorming.

Ook via de selectie van de feiten wordt een aantal beslissingsmogelijkheden uitgesloten. Rechter Van Veen zegt al vrij snel in het raadkameroverleg: *“Laten we uitgaan van de feiten die ik relevant vind.”* De opmerking impliceert een onderscheid tussen relevante en irrelevante feiten. De selectie van de feiten komt tot stand in een decor van stilzwijgende achtergrondkennis en een beoogde beslissingsrichting. Door alleen de relevante feiten in de beoordeling te betrekken, wordt een groot aantal mogelijke beslissingen uitgesloten.

Proces van groeiende overtuiging en begrip

De oordeelsvorming lijkt op het eerste oog vrij ongestructureerd te verlopen. De beoordeling van de feiten, materieelrechtelijke vraagstukken, procesrechtelijke vraagstukken en morele aspecten loopt door elkaar. Uit een nadere analyse van het raadkameroverleg blijkt dat achter deze schijnbare chaos een proces van groeiende overtuiging en begripsvorming schuil gaat. In de loop van het raadkameroverleg worden de contouren van de beslissing en het begrip van de casus geleidelijk scherper. De rechter neemt een aantal provisionele tussenbeslissingen die hij vanuit een feitelijke, juridische, praktische en morele invalshoek evalueert.

De rechter begint met een weergave van het relevante feitencomplex: *“Er is sprake van een verbouwing van de opslag voor kerstversiering. Hiervoor heeft de huurder geen toestemming gevraagd aan de verhuurder. Het is een begin van een ingrijpende verbouwing. Huurder heeft in deze verbouwing geïnvesteerd. Volgens mij is er sprake van een tekortkoming in de naleving van de huurovereenkomst. Deze tekortkoming is echter onvoldoende zwaarwegend voor ont-ruiming.”* Het lijkt dat het tussenoordeel intuïtief en uitsluitend op basis van de feiten wordt genomen. In de weergave van de feiten ligt echter een juridische weging besloten. Aan de ene kant staan de belangen van de verhuurder: *“huurder heeft geen toestemming gevraagd aan de verhuurder”, “het is het begin van een ingrijpende verbouwing”* en *“volgens mij is er sprake van*

een tekortkoming in de naleving.” Aan de andere kant staat het belang van de huurder *“die in deze verbouwing heeft geïnvesteerd.”* Zonder te (kunnen) expliciteren hoe deze verschillende belangen zich exact tot elkaar verhouden en hoe deze gewogen moeten worden, concludeert de rechter dat *“deze tekortkoming echter onvoldoende zwaarwegend is voor ontruiming.”*

De rechter toetst vervolgens zijn voorlopige beslissing op houdbaarheid; in welke mate heeft zijn tentatieve, intuïtieve oordeel effect en leidt deze ‘tussen’beslissing tot een stabilisering van de situatie? Allereerst neemt Van Veen de wet ter hand. Hij leest het artikel over veranderingen en toevoegingen aan een gehuurde zaak en de toelichting daarop. De rechter en de griffier onderzoeken of de gekozen richting juridisch houdbaar is. Terloops wordt de griffier nog op pad gestuurd om een licht op te steken bij de sector kanton, waar, gezien de bijzondere competentie van de kantonrechter, ruime ervaring is met de behandeling van huurzaken. Deze bestudering doet de overtuiging van de rechter groeien. Hij bevestigt zijn voorlopig oordeel, maar nu op basis van de wet *“Ik zou zeggen dat de bouw van de sprinklerinstallatie in strijd is met het artikel [7:215 BW], maar dat het niet ingrijpend genoeg is.”*

Vervolgens doordenkt de rechter de procesrechtelijke gevolgen van zijn tussenbeslissing. *“We moeten de zaak vanuit het toetsingskader van een kort gedingprocedure beoordelen. Dat is beperkt. Bovendien heeft ontruiming dusdanige gevolgen voor een eventuele bodemprocedure.”* De bodemprocedure en de gevolgen van de ontruiming van het bedrijfspand werpen hun schaduw vooruit. Van Veen wil niet dat door de ontruiming van het pand een *status quo* ontstaat die het effect van een uitspraak in een bodemprocedure belemmert. Omdat het kort geding een beperkt toetsingskader kent – zo is er nauwelijks gelegenheid voor bewijsvoering – bestaat het risico dat de uitspraak op een onvolledig en wankel beeld van het feitencomplex is gebaseerd. Het provisionele karakter van een kort geding procedure beperkt de rechter in zijn handelen en dwingt hem terughoudend te zijn in het doen van uitspraken die onomkeerbare gevolgen hebben. De griffier gebruikt ter ondersteuning van de beslissing een omgekeerde redenering. Juist omdat de verhuurder nog de mogelijkheid heeft een bodemprocedure aanhangig te maken, is het niet erg om de vordering tot ontruiming in kort geding af te wijzen. Voor de verhuurder zijn de gevolgen van een afwijzend kortgedingvonnis beperkt, terwijl de gevolgen van een toewijzend vonnis voor de huurder ingrijpend is. Deze gedachte *“voelt wel goed”*.

Ook worden morele argumenten opgevoerd. *“De huurder heeft een matig onderhouden pand verbouwd en behoorlijk opgeknapt. Als verhuurder kan je niet zeggen zodra dit pand helemaal opgeknapt is, kip ik heb je.”* De rechter appelleert aan een basaal rechtvaardigheidsgevoel. Het is oneerlijk als een huurder die – al of niet met medeweten van de verhuurder – investeert in een verwaarloosd bedrijfspand uit het gehuurde pand wordt gezet op grond van het argument dat hij veranderingen heeft aangebracht. Het abstracte beginsel van rechtvaardigheid wordt geconcretiseerd in termen van de casus en maakt een integraal deel uit van het besluitvor-

mingsproces. Door de beslissing vanuit het perspectief van de rechtvaardigheid te benaderen, verankert de rechter zijn beslissing. Zijn overtuiging van de aanvankelijk intuïtief genomen beslissing groeit door deze morele toetsing.

Vervolgens gaat de rechter weer terug naar het feitencomplex. Hij vraagt de griffier of er geen andere feiten zijn. Deze vraag wordt in het perspectief van de beslissing geplaatst. In feite vraagt de rechter of de casus nog elementen bevat die het noodzakelijk maken een andere beslissingsrichting te onderzoeken. Deze vraag heeft dan ook een dubbel karakter: enerzijds wil de rechter zich ervan overtuigen dat hij in het feitenmateriaal niets over het hoofd gezien heeft dat een andere handeling, een andere beslissing, voorschrijft. Tegelijkertijd sluit hij door deze controlevraag andere beslissingsrichtingen uit. Groeiende overtuiging en de beperking van handelingsmogelijkheden gaan parallel aan elkaar op.

Als de griffier en de rechter overtuigd zijn van de contouren van de uitspraak, grijpt de rechter nog een keer terug op zijn morele oordeelsvermogen en rechtvaardigheidsgevoel. Hierin lijkt hij in zijn overtuiging te zijn gesterkt. Waar hij eerder sprak dat de huurder het pand behoorlijk heeft opgekapt, spreekt hij nu van een *grondige verbouwing*. Waar hij eerder sprak van een matig onderhouden pand, spreekt hij nu van een pand in een *deplorabele toestand*. De staat van het onderhoud blijkt bovendien uit de foto's die de huurder tijdens de zitting heeft overgelegd. Met een verwijzing naar dit morele oordeel, maar nu in superlatieve termen, versterkt rechter Van Veen zijn overtuiging van de beslissing(srichting).

Beredeneerde overtuiging

Hoewel de rechter en de griffier gaande het raadkameroverleg overtuigd raken van de contouren van een beslissing, is het begrip van de zaak en hun overtuiging nooit definitief. Het besluitvormingsproces behoudt een zekere openheid die tot uitdrukking komt in het taalgebruik. Iedere keer als de rechter een tussenbeslissing neemt, formuleert hij die beslissing in voorlopige termen. “*Volgens mij is er sprake van een tekortkoming in de naleving van de huurovereenkomst*”, “*Ik zou zeggen dat de bouw van de sprinklerinstallatie in strijd is met het artikel, maar dat het niet ingrijpend genoeg is*”, “*Mijn kompas zou zijn dat de verbouwing in strijd is met artikel 215, maar dat de verbouwing onvoldoende ingrijpend is*” en “*Oké, dan ga ik die kant op.*”

Uit de tentatieve formuleringen blijkt enerzijds de mentale openheid en flexibiliteit die vereist is voor een proces van onderzoek. In deze fase wordt gezocht naar een handeling die een optimaal effect oplevert; dat is een beslissing die rechtens geldig is en de situatie kan stabiliseren. De rechter moet dus open staan voor een betere beslissing en bereid zijn reeds ingenomen posities te verlaten. De vraag van de rechter aan het eind van het raadkameroverleg of er geen andere feiten zijn, is hiervoor illustratief. Tegelijkertijd wordt in het taalgebruik de provisiona-liteit van het begrip van het recht en de casus tot uitdrukking gebracht. Dit is geen compleet,

alomvattend of finaal begrip, maar persoonlijk en situationeel. Besluitvorming vindt plaats onder een onzeker gesternte. De rechter moet zijn beslissing verankeren in drijfzand omdat hij geen vaste criteria heeft waaraan hij zijn oordeel kan toetsen.

Tegenover het open karakter van het proces van oordeelsvorming in het raadkameroverleg, staat anderzijds de geslotenheid en het finale karakter van de beslissing. De rechter neemt deze beslissing pas op het moment dat hij voldoende overtuigd is. In de ondertekening van het vonnis krijgt de beredeneerde overtuiging zijn beslag. De ondertekening van het vonnis is het moment waarop het onderzoek uitkristalliseert in een concrete handeling met feitelijk en juridisch effect. Dit is ook het moment waarop de openheid van het proces van rechterlijke oordeelsvorming moet plaats maken voor de geslotenheid van het vonnis. Deze overgang dwingt de rechter zijn overtuiging te evalueren hetgeen nog tot *last minute* bijstellingen van het oordeel kan leiden.

Een mooi voorbeeld van dit proces nam ik waar bij een rio in de rechtbank Middelstad die drie keer op het punt stond een reeds uitgeprint vonnis te ondertekenen. De eerste twee keer was zij echter niet voldoende overtuigd van een passage over de proceskostenveroordeeling. De passage heeft zij vervolgens gewijzigd. Pas de derde keer ondertekende zij het stuk. Door de ondertekening en toezending aan partijen was het oordeel onherroepelijk geworden, kreeg het feitelijk effect. In dit proces ligt de Scholtens sprong in *optima forma* besloten.

Imaginaire beslissingsruimte

Het raadkameroverleg is een laboratorium waarin de rechter en de griffier vrijelijk kunnen experimenteren met verschillende beslissingen. In de casus zien wij dat deze imaginaire beslissingsruimte een aantal malen expliciet benut wordt. De griffier verkent de mogelijke gevolgen van verschillende beslissingen: “*Als het een ingrijpende verbouwing is, dan zou de huurder eruit moeten*” en “*Als de huurder eruit moet, dan lijdt hij schade*.” Ook de rechter verwijst een aantal keer expliciet naar de gevolgen van de afwijzing van het vonnis. “*[Een ontruiming] brengt extra kosten met zich mee voor de huurder*” en “*Bovendien heeft ontruiming dusdanige gevolgen voor een eventuele bodemprocedure*.” De consequenties van mogelijke oordelen voor partijen – in casu de huurder – worden doordacht en direct betrokken bij de keuze tussen verschillende handelingsmogelijkheden. Oordeelsvorming vindt plaats in het licht van het feitelijk gevolg van de voorgenomen beslissing. In de imaginaire beslissingsruimte maken de rechter en de griffier een voorstelling van deze gevolgen en kunnen daarmee het effect van mogelijke beslissingen *ex ante* evalueren.

Kennis – praktisch kennen

In de casus ‘Kerstversiering’ staat de afweging van het belang van de verhuurder om tot ontruiming over te gaan (de beschikking over het bedrijfspand) tegenover het belang van de huurder om in het pand te blijven zitten (verlies aan inkomsten en afschrijving van verbouwingskosten) centraal. Rechter Van Veen laat deze belangenafweging uiteindelijk in het voordeel van de huurder uitvallen. De criteria voor deze belangenafweging worden echter niet geëxpliciteerd, maar liggen besloten in de weergave van de casus. “*Volgens mij is er sprake van een tekortkoming in de naleving van de huurovereenkomst. Deze tekortkoming is echter onvoldoende zwaarwegend voor ontruiming*” en “*Ik zou zeggen dat de bouw van de sprinklerinstallatie in strijd is met het artikel, maar dat het niet ingrijpend genoeg is.*” De waardering van de posities van procespartijen en de belangenafweging komen tot stand in een theater van stilzwijgende achtergrondkennis. De rechter heeft een slechts algemeen idee wanneer een tekortkoming voldoende zwaarwegend is of wanneer een verandering of toevoeging ingrijpend genoeg is. Deze algemene notie, wier betekenis en inhoud een handelingspraktijk is, kan alleen in concrete situaties postvatten. In de lezing van de casus ligt dan ook het algemene begrip van het artikel 7:215 BW, het huurrecht, het civiele recht en de praktijk van huur en verhuur van bedrijfsruimten besloten. De actualisering van dit algemene begrip wordt geleid door stilzwijgende kennis.

Ook in deze casus zijn het recht en de feiten nauw met elkaar verweven. Het raadkameroverleg is doorspekt met juridische begrippen: “huurder”, “De Vries zelf”, “bv”, “huurovereenkomst”, “contractsovername”, “overgegaan van De Vries als natuurlijk persoon naar De Vries bv”, “verhuurder”, “rechtsverwerking”, “niet betwist door de huurder”, “vullen we de feiten aan”, “eisen ten aanzien van de opslag voor kerstversiering”, “ingrijpende verbouwing”, “schade”, “toestemming gevraagd”, “ingrijpende verbouwing”, “tekortkoming”, “naleving van de huurovereenkomst”, “onvoldoende zwaarwegend”, “ontruiming”, “verwijdering van een ingrijpende wijziging”, “jurisprudentie”, “eigenaar”, “beschikken”, “eigendom”, “huur”, “gebruiksrecht”, “toetsingskader van een kortgedingprocedure” en “bodempcedure.” De juridische terminologie maakt niet alleen efficiënte communicatie tussen de rechter en de griffier mogelijk, maar zorgt bovenal voor een primair begrip van de casus waardoor een rechterlijk oordeel mogelijk wordt. De feiten en de rechtsbegrippen staan in een dialectische verhouding tot elkaar; het recht krijgt pas vorm en inhoud in zijn concretisering, terwijl de feiten pas betekenis in een (juridische) context krijgen.

Morele oordeelsvorming

De casus ‘Kerstversiering’ heeft een duidelijke morele dimensie. Ik heb het hier niet over grote morele dilemma’s, maar over een alledaagse ethiek: eerlijk zaken doen, open kaart spelen en

degene die in de verbetering van het pand heeft geïnvesteerd, moet hiervoor beloond worden. Deze alledaagse ethiek heeft haar pendant in een aantal hieronder uit te werken rechtsbeginselen en civielrechtelijke leerstukken die een belangrijke rol bij de oordeelsvorming spelen. Op drie momenten refereren de griffier en de rechter rechtstreeks aan deze morele dimensie: *“Als het een ingrijpende verbouwing is, dan zou de huurder eruit moeten. Is dat redelijk?”*, *“Als verhuurder kan je niet zeggen zodra het pand helemaal opgeknapt is, kip ik heb je”*, en *“Bovendien vind ik het wel van belang dat de huurder het pand grondig verbouwd heeft en in welke deplorabele staat hij het pand aantrof aan het begin van de huur. Dat zou anders zijn als hij een gloednieuwe loods gehuurd had. Overigens is het pand nog steeds in slechte staat.”*

De morele dimensie is richtinggevend voor de beoordeling van de casus. De rechter grijpt twee keer terug op zijn morele kompas voor de waardering van de stellingen van partijen. Net als de feiten en de regels is de actuele moraal nauw verweven met de casus. De nadruk op de deplorabele toestand van het gehuurde pand lijkt een feitelijk karakter te hebben, maar in deze weergave ligt een moreel oordeel verborgen. Met zijn woordkeuze (“deplorabele staat” en “kip ik heb je”) geeft rechter Van Veen een afkeurend oordeel over de handelwijze van de eiser. Uit de analyse van de casus blijkt immers dat de rechter aan de staat van het onderhoud van het pand een zwaar gewicht toekent.

In de woorden van de rechter klinken verschillende rechtsbeginselen en civielrechtelijke leerstukken door. Genoemd kunnen worden *fair play*, ongerechtvaardigde verrijking, rechtsverwerking, feiten van algemene bekendheid en misbruik van recht. In een enkel geval wordt expliciet verwezen naar deze leerstukken (*“Ik denk dat de verhuurder heeft zitten wachten. Het gaat haast richting rechtsverwerking.”* of *“Hij moest wel weten dat de eisen ten aanzien van de opslag van kerstversiering zijn aangescherpt. Dat wist iedereen.”*), maar meestal blijft de verwijzing impliciet. Zo zitten in de opmerking *“Als verhuurder kan je niet zeggen zodra het pand helemaal opgeknapt is, kip ik heb je”* de leerstukken van de ongerechtvaardigde verrijking en misbruik van recht besloten. Hoewel niet expliciet genoemd, spelen de algemene beginselen een belangrijke rol in dergelijke processen.⁹⁴ In het morele oordeel van rechter Van Veen klinken deze algemene juridische leerstukken en beginselen door. Zijn opvattingen zijn

94 Uiteindelijk heeft de voorzieningenrechter conform de lijnen van zijn denkrichting beslist. De huurder had voor de bouw van de sprinklerinstallatie toestemming aan Hessels moeten vragen. In dit opzicht handelt huurder De Jong dus in strijd met artikel 7:215 lid 1 BW. Het is echter onvoldoende aannemelijk dat deze strijdigheid in een bodemprocedure leidt tot beëindiging van de huurovereenkomst. Het gehuurde pand wordt immers al jarenlang gebruikt voor de opslag en verkoop van kerstversiering. Daarnaast is de verbouwing nodig om aan de gewijzigde voorschriften voor brandveiligheid te voldoen. In de laatste plaats is het niet onwaarschijnlijk dat de sprinklerinstallatie bij beëindiging van de huurovereenkomst eenvoudig verwijderd kan worden. Op deze gronden wijst de rechter de gevraagde voorziening af en veroordeelt hij de eiser in de proceskosten.

dus niet zonder meer intuïtief, maar door scholing en jarenlange ervaring in de rechtspraak verder gevormd.

Conclusies

‘Een verstandig mens verwerft kennis, een wijze is gespitst op inzicht.’ – Koning Salomo⁹⁵

7.1 Inleiding

Dit onderzoek begon met een anatomie van het rechterlijk oordeel waaruit bleek dat rechtspraak door zijn intrinsiek open en onbepaalde karakter buitengewoon complex is. Zo heeft rechter De Jong in de casus ‘Fietsongeval’ geen harde criteria om de toedracht van de botsing tussen de heren Koederaai en Binnendijk vast te stellen; in de casus ‘Lening op naam’ gaf rechter Henderson aan dat er zowel argumenten voor het standpunt van de eiser als voor het standpunt van gedaagde waren; in de casus ‘Niet-betaalde termijnen’ is het voor raio Mullens onduidelijk wat er precies gebeurd is; en rechter Van Veen staat in de casus ‘Kerstversiering’ voor de vraag of in dit geval sprake is van een tekortkoming in de naleving van de huurovereenkomst die zwaarwegend genoeg is voor ontruiming. Desondanks is het alle rechters uiteindelijk gelukt een oplossing te vinden voor de problemen die zij op hun pad tegenkwamen en een uitspraak te doen die door partijen in grote lijnen is geaccepteerd.

In het voorgaande heb ik aan de hand van verschillende casussen uit de civielrechtelijke praktijk en citaten van rechters, aangevuld met theoretische inzichten, laten zien hoe het rechters lukt om onder de moeilijke omstandigheden tot een praktisch oordeel te komen. In dit concluderende hoofdstuk zal ik de deelvragen 2 en 3 beantwoorden.⁹⁶ Hiervoor zal ik allereerst de lijnen uit de verschillende hoofdstukken samenbinden en laten zien wat het perspectief van civiele rechtspraak als praktische oordeelsvorming heeft opgeleverd (7.2). Vervolgens zal ik op basis hiervan een aantal aanbevelingen doen voor de rechtspraak en het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming (7.3).

⁹⁵ Spreuken 18:15

⁹⁶ De eerste onderzoeksvraag luidt: “Hoe ziet civielrechtelijke rechtspleging als een vorm van praktische oordeelsvorming eruit? Op welke wijze komt in dit perspectief actueel begrip van de situatie waarover de rechter zich een oordeel moet vormen tot stand? Hoe kan de rechter vervolgens effectief en aanvaardbaar handelen in die sociaaljuridische werkelijkheid?” Deze onderzoeksvraag is in de hoofdstukken 3 tot en met 6 beantwoord. De deelvragen 2 en 3 worden in 7.2 en 7.3 herhaald.

7.2 Evaluatie praktische oordeelsvorming

De tweede onderzoeksvraag luidt als volgt:

Kan in het perspectief van praktische oordeelsvorming beter uitdrukking gegeven worden aan de alledaagse praktijk van rechterlijke oordeelsvorming dan in het rationeel-positivistische kennismodel?

De beantwoording van deze vraag valt in twee delen uiteen. Allereerst zal ik laten zien wat het concept van praktische oordeelsvorming heeft opgeleverd (7.2.1). In de voorgaande drie hoofdstukken is rechtspleging als praktische oordeelsvorming uitgewerkt voor de regels, de feiten en de beslissing. De lijnen die in deze hoofdstukken zijn uiteengezet, zal ik hieronder doortrekken naar rechterlijke oordeelsvorming door de civiele rechter in algemene zin. Waar relevant zal ik een verbinding leggen met de rechtstheorieën van Holmes en Scholten. Vervolgens zal ik in 7.2.2 de vraag beantwoorden of in dit kader beter uitdrukking gegeven kan worden aan de civiele rechtspleging dan in het rationeel-positivistische model.

7.2.1 Wat heeft het perspectief van praktische oordeelsvorming opgeleverd...

Rechterlijke oordeelsvorming heeft een handelingskarakter

Rechters benaderen processen van rechterlijke oordeelsvorming vanuit een handelingsperspectief. Zij zijn er op gericht met hun oordelen een optimaal resultaat in de sociaal-juridische werkelijkheid te bereiken door een acceptabele, dat wil zeggen een rechtvaardige en juridisch geldige, beslissing te nemen. Scholten (1931/1974: p. 130) legde de nadruk op dit handelingskarakter van de rechtspraak door te stellen dat van de rechter een *daad* wordt verwacht. De ‘feitenvaststelling’ en de interpretatie van de toepasselijke rechtsregels staan dan ook in het teken van het nemen van een acceptabele beslissing. De acceptatie is onder andere afhankelijk van de (rechtvaardigheid van de) procedure, de inhoud en de juridische geldigheid van de beslissing, de motivering en een voor beide partijen herkenbare weergave van het geschil. Door dit handelingskarakter is het rechterlijk oordeel derhalve naar zijn aard uniek en altijd contextueel bepaald. Van een afleiding van een beslissing via een eenvoudig syllogisme kan derhalve nooit sprake zijn.

Voor rechterlijke oordeelsvorming wordt een setting in het leven geroepen

Rechters roepen een *setting* in het leven waarbinnen acceptabele beslissingen tot stand kunnen komen. Deze *setting* staat aan divergerende vectoren bloot. Enerzijds moet recht gedaan worden aan de intrinsieke openheid van de feiten en de discursiviteit van de rechtsregels.

Anderzijds rust op de rechter een beslissingsimperatief. In het proces van oordeelsvorming is de rechter gericht op alle dimensies van het rechterlijk oordeel zoals de door partijen gepresenteerde feiten, de morele aanvaardbaarheid, het toepasselijk recht en de motiveerbaarheid van de beslissing. Hij probeert een praktisch of pragmatisch inzicht in deze dimensies te krijgen, dat hem in staat stelt een aanvaardbare beslissing te nemen. Niets meer en niets minder.

De *setting* waarbinnen de rechter handelt is niet *a priori* aanwezig, maar moet gaande een procedure worden gevormd en in stand worden gehouden. De verschillende casussen in dit onderzoek laten zien dat de constructie van de *setting* een vorm van *practical craftwork* is die een gezamenlijke inspanning van de rechter, de partijen en hun advocaten vereist. Al handelend wordt een *setting* gecreëerd die, als het goed is, door alle betrokkenen wordt (h)erkend. De constructie van de *setting* komt grotendeels routinematig en ongemerkt tot stand omdat de betrokken spelers gedeelde handelings- en oplossingschema's geïnternaliseerd hebben.

Rechterlijke oordeelsvorming is een proces van groeiende overtuiging

De rechterlijke beslissing wordt niet via een normatief syllogisme uit de feiten en de regels *afgeleid*, maar rijst gaande een procedure uit al het voor handen materiaal. Er is sprake van een *coming to an understanding* van de casus en daarop aansluitende oplossingsrichtingen. Het besluitvormingsproces lijkt dan ook het meest op een incrementeel proces van groeiend(e) begrip, overtuiging en inzicht. Dit proces omvat onder andere de constructie van het feitencomplex, het inzicht in de toepasselijke rechtsregels, de morele oordeelsvorming en een voorstelling van de feitelijke en juridische consequenties van een beslissing. Dit proces vereist tijd, energie en (doel)gerichte bijdragen van de procespartijen, hun rechtshulpverleners, de rechter en de griffier.

Rechterlijke oordeelsvorming komt tot stand tegen een decor van stilzwijgende achtergrondkennis

Uiteindelijk moet de rechter een beslissing nemen, een wilsverklaring uitspreken: zo moet het (Scholten, 1931/1974: p. 130). Alleen kennis van het recht en de inhoud van het dossier zijn niet voldoende om tot die beslissing te kunnen komen. Wittgenstein en anderen hebben laten zien dat regels niet in uitputtende linguïstische termen kunnen worden uitgedrukt zodat expliciete kennis van het recht niet kan *voorschrijven* welke beslissing een rechter moet nemen. Regels zijn niet *self applying*, maar geven een *Ordnungsziel* aan dat de rechter in het oog moet houden bij het vinden een beslissing (Esser, 1970: p. 34). De kennis van de toepassing van het recht is grotendeels stilzwijgend en ligt latent besloten in de onderliggende handelingspraktijk, de actuele situatie, eerdere ervaringen en het repertoire van de rechter.

De rechter treedt een actueel probleem vanuit zijn door stilzwijgende achtergrondkennis gevormde perspectief tegemoet. Het begrip van de voorliggende zaak – het feitencomplex en

de toepasselijke rechtsregels – is dan ook het resultaat van een wederkerige betrekking tussen het actuele probleem en de achtergrondkennis. Dit geldt zowel voor het begrip van de feiten als dat van de regels. Uiteindelijk is voor actueel begrip, zo hebben onder anderen Scholten en Gadamer benadrukt, een sprong of toepassingshandeling vereist. Deze sprong vindt niet in het luchtledige plaats, maar is ingebed in een breder kader van stilzwijgende achtergrondkennis. In feite is er sprake van een ‘toestand’ of uitkristallisering waarin de rechter van de deliberatie tot een handeling overgaat. In dit proces kan de logica nooit voorschrijven hoe in concrete situaties gehandeld moet worden. Uiteindelijk is medebepalend of een rechter de (te verwachten) effecten van zijn voorgenomen handelen *in casu* wil laten intreden.

Overigens spelen expliciete kennis van het recht en de logica een niet te onderschatten rol in processen van rechterlijke oordeelsvorming. De motivering bepaalt in grote mate de aanvaardbaarheid van een rechterlijk oordeel, waarbij het dan vooral gaat om de logische herleidbaarheid van de motivering, de juridische juistheid en de begrijpelijkheid. Met behulp van zijn kennis van het recht en de beheersing van de logica kan de rechter *ex ante* reflecteren op de (logische) dwingendheid en daarmee de aanvaardbaarheid van een beslissing. Wet- en regelgeving wordt gebruikt om de beslissing te legitimeren maar zij bevat geen uitputtende schema's die in een concrete casus gebruikt kunnen worden om tot een beslissing te komen.

Rechterlijke oordeelsvorming heeft een sociaal karakter

Rechtspraak gaat over concrete sociale verhoudingen. Voor een goed inzicht in het recht en de achterliggende toepassingspraktijk, is onder andere begrip van de sociale verhoudingen, mores, morele beginselen en toepasselijke conventies vereist. Al deze aspecten vormen een praktijk die alleen kan worden ervaren door sociale actoren die daaraan participeren. Deze praktijk is ingebed in een bredere maatschappelijke context die voortdurend, en vaak ongemerkt, in ontwikkeling is. De belangrijkste uitgangspunten van deze maatschappelijke orde kunnen slechts in beperkte mate onder woorden worden gebracht. De verschillende casussen in dit onderzoek hebben laten zien dat om tot een oordeel te kunnen komen, de rechter het leven moet kennen.

Rechterlijke oordeelsvorming heeft een historisch karakter

Holmes heeft de aandacht gevestigd op het historische karakter van het recht. Het recht belichaamt de ontwikkeling van een samenleving over de eeuwen heen en kan daarom nooit uitsluitend worden uitgedrukt in mathematische of logische termen (Holmes, 1881/1968: p. 6). Het stilzwijgende decor waartegen de praktijk van regeltoepassing tot stand komt, heeft een eigen geschiedenis. Alleen de rechter die aangesloten is op deze historisch gevormde prak-

tijk, in wiens handelen deze praktijk belichaamd is, kan de rechtsregels in de juiste context plaatsen.

In de hermeneutische filosofie is benadrukt dat mensen het product zijn van hun eigen geschiedenis en dat deze ‘persoonlijke’ geschiedenis nauw verweven is met die van de maatschappelijke context waarin zij opereren. “Although contemporary popular language suggests that we choose the life form that suits us best, in reality we slowly grow into a particular way of life. Gradually, over the years, the conventions, habits, speech patterns, expectations, aspirations, and values that together make up a particular life form will have become second nature to the person living in that particular life” (Wagenaar, 2002: p. 29). Voor rechters betekent dit dat zij in de loop der jaren via deelname aan de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming een professionele identiteit ontwikkelen die hen in staat stelt hun werk te doen. De (collectieve) routines en gewoontes in de rechtspraak nemen de vorm aan van gepersonifieerde handelingschema’s van rechters.

Rechterlijke oordeelsvorming heeft een linguïstisch karakter

In de rechtspraak speelt taal een centrale rol: feiten, regels, argumenten, het *dictum* en de motivering worden in linguïstische termen uitgedrukt. In de casussen hebben wij gezien dat taal geen neutrale drager van betekenissen is, maar een activerend en vormend karakter heeft. Via taaluitingen participeren de rechter en anderen aan de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming. Door een situatie onder woorden te brengen probeert een rechter greep te krijgen op die situatie. Zoals wij in het opgevoerde casusmateriaal zagen, zijn verschillende interpretaties van de feiten en het recht mogelijk. De taal die rechters gebruiken heeft dan ook een open karakter om uitdrukking te kunnen geven aan het meervoudig begrip van de werkelijkheid. Zo omvat de woordkeuze van rechter Van Veen in de casus ‘Kerstversiering’ een weergave van de casus, een toepassing van het recht op de casus, een moreel oordeel en een beslissingsrichting. Omdat taal meerledig is, vindt in specifieke taaluitingen een synthese plaats tussen het individu en het collectief waarvan deze deel uitmaakt, tussen het algemene en het concrete, en tussen het verleden en de actuele situatie.

Rechterlijke oordeelsvorming heeft een dialogisch karakter

Processen van rechterlijke oordeelsvorming hebben een dialogische structuur. Belangrijk is de dialectische wisselwerking tussen openheid en geslotenheid. Door open te staan voor nieuwe feiten, interpretaties en argumenten wordt de dialoog tussen partijen onderling en tussen partijen en de rechter gevoed. Deze dialoog heeft de rechter nodig om zijn overtuiging over de te nemen beslissing te laten groeien. De casus ‘Niet-betaalde termijnen’ en de casus ‘Kerstversiering’ bevatten mooie illustraties van dit proces. Dit open proces moet op een ge-

geven ogenblik uitkristalliseren in een beslissing. De dialoog van de heuristiek maakt dan plaats voor de monoloog van de beslissing. De rechter kan in het vonnis geen uiting geven aan zijn twijfel maar hij moet in scherpe en duidelijke bewoordingen beslissen wat *in casu* recht en onrecht is. “Van de rechter wordt een *daad* verwacht. Hij moet die verantwoordelijkheid aandurven: ten slotte zeg ik a of b, niet a èn b. Wie in de twijfel blijft steken, en niet tot de daad der beslissing kan komen, deugt niet voor rechter” (Scholten, 1931/1974: p. 134).

Het proces van openheid en dialoog is alleen mogelijk als een rechter vanuit *voor*-oordelen in een zaak staat. Deze vooroordelen maken begrip mogelijk en zorgen ervoor dat een rechter richting aan het besluitvormingsproces kan geven. Zoals een Kleinstadse rechter het zeer treffend verwoordde: “*Ik ga wel met een bepaald vooroordeel de zitting in. Dat geeft naar mijn gevoel energie. Namelijk energie om nieuwsgierig te zijn van klopt het wat ik nou denk. In die zin heb ik het gevoel dat ik op de zitting creatiever kan zijn, doorzoekender kan zijn, dan zonder dat.*” De professionaliteit van een rechter maakt dat hij vanuit een vooroordeel met een open blik naar een zaak kan kijken en uiteindelijk een sprong kan maken van de dialoog naar de beslissing.

Het dialogische karakter van de rechterlijke oordeelsvorming hangt ook direct samen met de contradictoire context waarin procedures gevoerd worden. Dit betekent dat pas in de confrontatie van tegengestelde posities het recht vorm en inhoud kan krijgen (Loth, 2001: p. 115). Het contradictoire karakter beperkt zich niet tot het recht, maar strekt zich ook uit over de feiten en daarmee het gehele besluitvormingsproces. Partijen wisselen gaande de procedure argumenten uit over het feitencomplex en de toepasselijke rechtsregels. Het contradictoire karakter zorgt enerzijds voor stabiliteit en evenwicht in processen van oordeelsvorming. Omdat partijen in de gelegenheid worden gesteld het door de wederpartij gepresenteerde beeld te corrigeren of aan te vullen, krijgt de rechter een completer beeld van de feitelijke en juridische situatie. Anderzijds zorgt dit contradictoire karakter voor divergentie in het proces van besluitvorming. De rechter beweegt in een argumentatief krachtenveld, zonder dat hij beschikt over harde maatstaven om de verschillende argumenten te wegen. De praktische wijsheid stelt de rechter in staat een positie in dit ‘contradictoire krachtenveld’ te bepalen.

Rechterlijke oordeelsvorming heeft een holistisch karakter

Om tot een oordeel te kunnen komen, laat een rechter alle dimensies en aspecten van een zaak op zich inwerken. Hierbij gebruikt hij zijn gehele *Vorverständnis*, alle eerdere beslissingen, ervaringen, kennis, et cetera. Door dit holistische karakter van oordeelsvorming lijkt het of de rechter de beslissing in een zaak ‘ziet’. Dit inzicht is een samenbundeling van kennis van de verschillende delen, zonder dat een rechter de verbindingen en de verhouding daartussen onder woorden kan brengen. De verbindingen tussen de delen van de verschillende aspecten

van de oordeelsvorming, zoals de verhouding tussen de feiten en de rechtsregels, kan hij niet expliciteren.

Het holistische karakter van de rechterlijke oordeelsvorming hangt direct samen met een zekere belichaming van de rechterlijke oordeelsvorming. Doordat een rechter in een concrete zaak een concrete beslissing moet nemen, dringen de verschillende elementen van een casus en mogelijke oplossingsrichtingen zich aan hem op. Opvallend is dat de rechters in de casussen en de interviews vaak in zintuiglijke termen over de interpretatie van de feiten en de regels spreken (het *voelen* van de feiten of het *zien* van een beslissingsrichting). Met deze woordkeuze wordt uitdrukking gegeven aan het belichaamde karakter van de rechterlijke oordeelsvorming. Hierbij kijkt de rechter vanuit verschillende denk- en beslisschema's naar een zaak die hem helpen een acceptabele beslissing te vinden. Zowel het geschil dat aan de rechter is voorgelegd als het sociaalhistorisch gevormde interpretatiekader komen samen bij de rechter; hij is dan ook de *locus* van rechterlijke oordeelsvorming, de drager van de (waarden van de) rechtspraak.

Praktische wijsheid vervult een centrale rol in processen van rechterlijke oordeelsvorming

Praktische wijsheid, zo zagen wij in hoofdstuk 6, stelt rechters in staat om met een dubbele focus naar een zaak te kijken. Door het meervoudige en open karakter van processen van rechterlijke oordeelsvorming, stelt dit vermogen een rechter in staat een positie te bepalen in dit dialogische proces van oordeelsvorming. Praktische wijsheid speelt dan ook een cruciale rol in de rechtspleging. Deze praktische wijsheid heeft zich in de loop van een mensenleven en professionele carrière ontwikkeld. In het geval van rechters hebben rechtsbeginselen en juridische leerstukken een grote rol gespeeld bij de vorming van praktische wijsheid.

7.2.2en is dit een aanvulling op het rationeel-positivistische perspectief?

De aantrekkingskracht van het rationeel-positivistische kennismodel is moeilijk te weerstaan, zo is eerder betoogd. Te meer omdat deze epistemologische benadering in de loop der eeuwen tot een culturele institutie verworden is. De invloed van dit perspectief beperkt zich niet alleen tot het wetenschappelijke domein; ook het alledaagse denken over rechterlijke oordeelsvorming staat onder invloed van het rationeel-positivisme, zo zagen wij onder andere in hoofdstuk 2. Aan de hand van de inzichten die deze studie heeft opgeleverd, zet ik de belangrijkste punten van kritiek op de rationeel-positivistische benadering op een rij:

In de rationeel-positivistische epistemologie staat allereerst expliciete, en bij voorkeur wetenschappelijk onderbouwde, kennis centraal. Andere kennisvormen zoals situatiegevoel, praktische wijsheid, *habitus* en stilzwijgende achtergrondkennis worden in deze benadering

vaak beschouwd als afgeleide of onvervolmaakte vormen van expliciete kennis. In de opgevoerde casussen zagen wij echter dat de niet-rationele kennisvormen een centrale rol spelen bij verschillende aspecten van rechterlijke oordeelsvorming, zoals de houding van de rechter tijdens een zitting, het inzicht in het feitencomplex en het leggen van een verbinding tussen de verschillende dimensies van de rechterlijke oordeelsvorming. Het concept van expliciete kennis is dan ook te beperkt om uitdrukking te geven aan alle aspecten van het werk van rechters.

Het brede kennisconcept dat in de benadering van de praktische oordeelsvorming wordt gebruikt, biedt dan ook een vocabulaire voor niet-expliciteerbare vormen kennis. Naast expliciete kennis worden impliciete kennis en praktisch kennen onderscheiden. De verschillende kennisvormen zijn nevengeschiedt en in processen van rechterlijke oordeelsvorming worden deze alle aangewend. De hiervoor uitgewerkte kennisconcepten zijn een belangrijke aanvulling op expliciete kennis en helpen het begrip van intelligent rechterlijk handelen te vergroten.

Uitgangspunt in het rationeel-positivisme is dat er een ondubbelzinnige en kenbare werkelijkheid is. Rechters zouden in deze benadering erop gericht moeten zijn deze kenbare werkelijkheid zo accuraat en objectief mogelijk *vast te stellen*. Dit ondanks de ervaring dat er een hoop factoren zijn die dat belemmeren (tegenstrijdige getuigenverklaringen, onduidelijke contracten of dubbelzinnige deskundigenrapporten). Het consequent toepassen van het procesrecht en (wetenschappelijke) methoden en technieken helpt de rechter bij dit proces. In deze visie verloopt de rechterlijke oordeelsvorming via een lineair model: de rechter stelt allereerst de feiten vast, vervolgens waardeert hij deze feiten, daarna neemt hij een beslissing en het proces van oordeelsvorming wordt afgesloten met een motivering.

Deze studie heeft echter laten zien dat rechters niet volgens dit lineaire model werken. Rechters stellen feiten niet zo zeer vast, maar zij construeren een feitelijke basis die bijdraagt aan een acceptabele beslissing. Dit gebeurt in een handelingscontext; de rechter moet het geschil beslechten door een acceptabele beslissing te nemen en de feitenconstructie moet daaraan bijdragen. De rechter is immers geen waarheidsvinder, maar een motiverend beslisser (Huls, 2006: p. 5). In deze benadering is het niet vreemd dat de werkelijkheid gradaties kent: een feit is meer of minder waar, om de eerder aangehaalde woorden van een Middelstadse rechter te gebruiken. Rechters streven er dan ook niet naar om de feiten *vast te stellen*, een doel dat zij om principiële, en niet om praktische redenen, nooit zullen realiseren. Dit betekent niet dat een rechter in de praktijk geen gebruik zou moeten maken van wetenschappelijke methoden, zeker omdat een methodische werkwijze zeer goed kan bijdragen aan de deugdelijke basis voor een acceptabele uitspraak. Aan deze methoden en de resultaten die het gebruik daarvan oplevert, kan echter geen absolute betekenis worden toegekend, zoals sommige rationeel-

positivistische onderzoekers betogen. Uiteindelijk zijn de context en de quintessences van de concrete procedure medebepalend voor de betekenis van de feiten.⁹⁷

In het rationeel-positivistische perspectief, ten derde, domineert het beeld van de rechter als neutrale, waardenvrije rechtstoepasser. In eenvoudige gevallen hoeft de rechter in beginsel niets anders te doen dan het recht toe te passen op de feiten. Alleen in complexe zaken, waar het recht voor verschillende uitleg vatbaar is, is er ruimte voor authentieke rechtsvinding. In deze benadering staat kennis in een verticale verhouding tot handelingen. Dat wil zeggen dat het concrete handelen in een actuele casus door algemene – in het geval van rechtspraak, in de wet vastgelegde – regels worden aangestuurd (Rorty, 1979/1997: p. 306). In het rationeel-positivistische perspectief moet een rechter de verbinding tot stand brengen tussen de algemene rechtsregels en het voorgelegde geschil.

Het perspectief van praktische oordeelsvorming heeft echter laten zien dat een rechter meer is dan een *liaison* tussen de rechtsregels en het feitencomplex; hij is de *locus* van de rechtspraak. Deze benadering is opgebouwd rondom het gegeven dat de dagelijkse praktijk een eindeloze variëteit kent die nooit in wet- en regelgeving kan worden *vastgelegd*. Van de rechter wordt een grote creativiteit verwacht om deze regels in concrete casus te gebruiken. De waarden die betrekking hebben op objectieve rechtspraak en een neutrale rechterlijke interventie belemmeren een rijkere visie op de rechterlijke oordeelsvorming die beter aansluit bij de dagelijkse praktijk waarin rechters werken. In deze praktijk gaat het niet alleen om de juiste toepassing van het recht, maar vooral hoe een aanvaardbaar, acceptabel oordeel tot stand komt.

In de laatste plaats worden rechterlijke en morele oordeelsvorming in het rationeel-positivistische model vooral gezien als cognitieve processen. Rechtspreken is in zijn essentie een geïndividualiseerd psychologisch proces (Gommers, 2007: p. 127). Dit psychologische proces speelt zonder meer een buitengewone rol in de rechterlijke oordeelsvorming en het is van groot belang om de (wetenschappelijke) kennis hiervan te vergroten. Dit inzicht leert ons echter weinig over de totstandkoming van concrete betekenissen en het begrip daarvan. Hiervoor dient de interactie met de voorhanden situatie, de sociaalhistorisch gevormde context die hoofdzakelijk uit andere mensen bestaat en de belichaming van de handelingspraktijk bij de analyse betrokken te worden. Juist de internalisatie van de collectieve routines, conventies en beslissingsschema's stelt de rechter in staat maatschappelijk herkenbare en aanvaarbare beslissingen te nemen. Indien deze context wordt weggelaten, ontstaat onvoldoende inzicht in het hart van rechterlijke oordeelsvorming.

97 Zie Wendt (2005: p. 187) voor een vergelijkbaar betoog ten aanzien van het juridisch onderzoek in algemene zin.

De epistemologische en (rechts)ontologische uitgangspunten van het rationeel-positivisme zijn dus te beperkt om de essentie van rechterlijke oordeelsvorming – het nemen van een acceptabel oordeel binnen de (praktische) context waarbinnen de rechter opereert – weer te geven. Deze kritiekpunten zijn grotendeels te herleiden tot de epistemologische benadering die een *monological consciousness* oplevert. In deze benadering is een individu vanuit zijn expliciete, persoonlijke kennis gericht op het leven om hem heen. Dit monologische bewustzijn staat echter in de weg van “a richer and more adequate understanding of what the human sense of self is like, and hence a proper understanding of the real variety of human culture, and hence of a knowledge of human beings. What this kind of consciousness leaves out is: the body and the other” (Taylor, 1995d: p. 169).

Juist deze twee ontbrekende elementen, het lichaam en de ander, vormen de pijlers onder de rechtspraak als praktische oordeelsvorming. Rechtspraak is de participatie aan een sociaal-historisch gevormde handelingspraktijk die in de loop der jaren een onderdeel geworden is van het denken en handelen van rechters. In het perspectief van de rechtspleging als praktische oordeelsvorming kan dit kardinale element van rechterlijke oordeelsvorming dan ook beter tot uitdrukking worden gebracht dan in het rationeel-positivistische kennismodel. De onderzoeksvraag moet dan ook positief beantwoord worden; het perspectief van rechtspraak als praktische oordeelsvorming levert weldegelijk een dieper en rijker inzicht in de alledaagse civielrechtelijke procespraktijk op.

7.3 Implicaties voor de rechtspraktijk en de onderzoeksagenda

In deze paragraaf wordt de laatste onderzoeksvraag beantwoord.

Welke implicaties heeft het perspectief van praktische oordeelsvorming voor de praktijk van civielrechtelijke rechtspleging, de organisatie en het kwaliteitssysteem van de gerechten, de opleiding van rechters en de agenda van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming?

Allereerst zal ik een aantal aanbevelingen voor de rechtspraktijk formuleren, aan de hand van de inzichten die rechtspleging als praktische oordeelsvorming heeft opgeleverd (7.3.1). Vervolgens zal ik aanbevelingen doen over de agenda en de inrichting van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming (7.3.2).

7.3.1 Rechtspraktijk

Het kennistheoretische perspectief heeft niet alleen invloed op het model van rechterlijke oordeelsvorming, maar is tevens bepalend voor de visie op de organisatie van de rechtspraak, opleidingen, de selectie van rechters en het kwaliteitsbeleid. In deze subparagraaf zal ik de betekenis van civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming voor de rechtspraktijk

concretiseren. Hierbij zal ik aansluiten bij de analyse van verschillende ontwikkelingen in de rechtspraak die in paragraaf 2.3 aan bod is geweest.

Positionering rechter in rechterlijke organisatie

De laatste jaren heeft de Rechtspraak als organisatie een sterke ontwikkeling doorgemaakt. Zo is onder andere de bestuurlijke structuur versterkt, is er een kwaliteitsbeleid ontwikkeld, is het personeelsbeleid geprofessionaliseerd en is er veel aandacht geweest voor het terugdringen van de werkvoorraden en het verkorten van de doorlooptijden.⁹⁸ Door deze organisatorische ontwikkelingen is ook de verhouding tussen de individuele rechter en de organisatie anders komen te liggen. Waar de rechter in het verleden nauwelijks iets van zijn organisatie kon verwachten, of te duchten had, zit hij tegenwoordig in een strakker organisatorisch kader. Deze ontwikkeling wordt over de breedte positief ervaren. Dit neemt echter niet weg dat er ook zorgen zijn: met name de bureaucratisering van de organisatie en de verambtelijking van het rechterlijk werk worden vaak genoemd in dit verband.

Het is dan ook wenselijk dat een Rechtspraakbreed debat gevoerd wordt over de positionering van de rechter binnen de rechterlijke organisatie. De in de *Agenda van de Rechtspraak 2008 – 2011* (Raad voor de rechtspraak, 2007: p. 5) aangekondigde toekomstverkenning zou hiervoor benut moeten worden. In deze discussie zouden de volgende vragen aan bod moeten komen: Hoe moet het rechterlijk domein worden ingevuld? Wat kan de rechter van de rechterlijke organisatie verwachten? Wat kan de rechterlijke organisatie van de rechter verwachten? Hoe ver reikt de rechterlijke onafhankelijkheid? De antwoorden op deze vragen dienen als fundament onder het beleid van de Rechtspraak en de gerechten. De perspectieven van de praktische oordeelsvorming en de rechter als *locus* van de rechtspleging bieden een goed kader voor dit debat.

Van belang is dat de discussie over de positie van de rechter en de rechterlijke onafhankelijkheid niet uitsluitend vanuit een institutioneel of marco-organisatorisch perspectief benaderd wordt, zoals tot op heden vaak het geval is (zie o.a. Mak, 2006), maar dat er ook aandacht is voor de micro-organisatie van de rechterlijke oordeelsvorming. De inrichting van de rechterlijke organisatie kan immers niet worden losgezien van het model van rechterlijke oordeelsvorming en het daarbij horende rechterbeeld. De volgende vragen kunnen hierbij aan bod komen: Hoe organiseren rechters een dialogische, contradictoire context voor een proces van oordeelsvorming? Hoe zorgt een rechter voor voldoende tegenspraak in een meervoudige kamer? Hoe doet hij dat in het geval hij een zaak enkelvoudig afdoet? Hoe gaat een rechter met tijdsdruk om als een zaak extra aandacht nodig heeft? In dit onderzoek heb ik laten zien dat het de rechter zelf is die op basis van persoonlijke keuzes in de context van een zaak tot een

⁹⁸ Zie paragraaf 2.2 voor een nadere uitwerking.

belangenafweging komt. In deze keuzes manifesteert zich de rechterlijke onafhankelijkheid. Uiteraard dient de organisatie van de rechtspleging zo ingericht te zijn dat de rechter in staat wordt gesteld op persoonlijke, en daarmee effectieve, wijze keuzes te kunnen maken, maar uiteindelijk is het de rechter die dit moet *doen*. Zijn persoonlijkheid fungeert in die gevallen als een buffer tussen (de belangen die de) organisatie (nastreeft) en (de belangen van) de voorhanden zaak.⁹⁹ Dit beginsel moet tot uitdrukking komen in het organisatorische kader voor de rechterlijke organisatie.

Rechtseenheid – formeel- en materieelrechtelijk – moet leiden tot rechtsgelijkheid en is daarmee één van de centrale waarden voor legitieme rechtspraak. Bovendien is de mate waarin uitspraken rechtseenheid vertonen medebepalend voor het gezag van de rechtspraak. De vergroting van de processuele en materiële rechtseenheid staan dan ook terecht hoog op de agenda van de Rechtspraak. Voorbeelden van maatregelen om de rechtseenheid te bevorderen zijn het gebruik van procesreglementen, richtlijnen, werkprocessen en oriëntatiepunten. Daarnaast is er een instrumentarium ontwikkeld om het werk van rechters gemakkelijker te maken: sjablonen en *wizards* zijn hiervan sprekende voorbeelden.

De standaardisatie en protocolisering hebben echter ook een keerzijde. Zij kunnen leiden tot denkluheid onder rechters en een vervreemding van rechtzoekenden van de rechtspraak. Zo waarschuwt Loth dat “[w]anneer de uitspraak in toenemende mate een standaardmotivering behelst waarin partijen eerder de toepasselijke richtlijnen dan hun geschil herkennen, [verliest de uitspraak] onherroepelijk aan zeggingskracht. De rechter verandert van een gezaghebbende derde die na zorgvuldige bestudering van de zaak zijn geïnformeerde oordeel uitspreekt, in een beambte die met de laatste richtlijnen van een onzichtbaar orgaan of *gremium* in de hand algemene uitgangspunten op een concrete zaak toepast. Deze ontwikkeling tast niet alleen het vertrouwen in de rechter aan, maar ook zijn verantwoordelijkheid voor de beslissing” (Loth, 2001: p. 116). Deze zorg wordt ook onderschreven door rechters. Zo gaf de voormalig voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Wil Tonkens-Gerkema, in een interview ter gelegenheid van haar afscheid aan “dat de rechter geen beslisambtenaar moet worden. Dat is wat dreigt. Je kunt overal modellen en bouwstenen voor je vonnis opzoeken – en voor je het weet gaat het op de automatische piloot. Dan verliezen we het vertrouwen echt.”¹⁰⁰

De rechterlijke organisatie en rechters dienen voortdurend waakzaam te zijn voor hun eigen gezag, omdat dit van grote invloed is voor de acceptatie van hun uitspraken. Dit gezag is allereerst afhankelijk van het vertrouwen in de rechtspraak in algemene zin. Het gezag van een rechter in een concrete zaak is daarnaast van nog meer factoren afhankelijk; de mate

99 Zie ook Hofhuis (2007: p. 69): “De beste remedie om dergelijke gevaren [op het terrein van het bekostigingstelsel en een te gemakkelijke, kritiekloze toepassing van uniform rechterlijk beleid] te keren is uiteindelijk de professionaliteit van de rechter zelf.”

100 Interview met Jensma (2007: p. 19)

waarin het recht juist is toegepast, de mate waarin de feiten een acceptabele weergave zijn van het geschil tussen partijen, de mate waarin de uitspraak aansluit bij vergelijkbare gevallen, de mate waarin de uitspraak sluitend en overtuigend gemotiveerd is, en de mate waarin het oordeel rechtvaardig is. Alleen een rechter die voldoende discretionaire ruimte heeft en in professionele vrijheid kan werken, is in staat deze factoren te verenigen in een proces van oordeelsvorming. Krijgt hij deze vrijheid niet, dan heeft dat op de langere termijn niet alleen gevolgen voor het gezag op het micro-niveau van een concrete zaak, maar ook voor het vertrouwen in het instituut rechtspraak zoals door Loth betoogd. Het hierboven genoemde instrumentarium ter bevordering van rechtseenheid dient dan ook met de juiste intentie te worden gebruikt, namelijk als hulpmiddel bij het gebruik van de rechterlijke vrijheid en niet om de discretionaire ruimte van rechters te reguleren.¹⁰¹

Kwaliteitssysteem

Het kwaliteitssysteem RechtspraakQ kent een normatief kader (een sectorstatuut, een gerechtstatuut en een meetstelsel rechterlijk functioneren), een meetinstrumentarium (periodieke visitatie van gerechten, een periodiek medewerkertevredenheidsonderzoek en een periodiek klantwaarderingsonderzoek) en een ambachtelijk instrumentarium (intervisie, reflectiecommissies en intercollegiale toetsing). Zoals in hoofdstuk 2 besproken is het kwaliteitsbeleid een hulpmiddel bij de bevordering van de kwaliteit van rechtspraak; dit geldt in het bijzonder voor het normatieve kader en het meetinstrumentarium. De gemiddelde doorlooptijd, de 'klant'-tevredenheid of het aantal wrakingen vertellen een rechter immers niet *hoe* hij de kwaliteit van zijn werk kan verbeteren. Door het handelingskarakter kan rechterlijke oordeelsvorming slechts tot op zekere hoogte in kwantitatieve, logische termen worden uitgedrukt. "Practice has a logic which is not that of a logic, and thus to apply practical logic to logical logic is to run the risk of destroying the logic one wants to describe with the instrument used to describe it. [...] [O]ne sees that in practice social agents (whether a doctor who makes a diagnosis or a professor who grades an examination) possess extremely complex classificatory systems which are never constituted as such and which can only be so constituted at the cost of a considerable amount of work" (Bourdieu, 1998: p. 82).

Het ambachtelijke instrumentarium om de kwaliteit van rechtspraak te verbeteren, zoals intervisie, reflectiecommissies en intercollegiale toetsing, dient in ook in de toekomst centraal te blijven staan in het kwaliteitsbeleid. Met name is het van groot belang dat er blijvende

101 Dat dit vraagstuk van alle tijden is, blijkt uit het volgende citaat van De Montaigne: "Pourtant, l'opinion de celui-là ne me plaist guere, qui pensoit par la multitude des loix, brider l'autorité des juges, en leur taillant leurs morceaux. Il ne sentoît point, qu'il y a autant de liberté et d'estendue à l'interpretation des loix, qu'à leur façon." ["Daarom ben ik het niet eens met de man die dacht dat hij de macht van de rechters kon beknotten met een grote hoeveelheid wetten, door alles in het kleinste detail voor hen vast te leggen: hij begreep niet dat je evenveel vrijheid en speelruimte hebt om wetten te interpreteren als om ze te maken] (1580/2006: p. 10).

aandacht is voor ‘ambachtelijke’ versterking van de kwaliteit van de rechtspleging, ook als in financieel ongunstiger tijden de budgettaire kaders verkrappen. Via intervisie en andere vormen van intercollegiale toetsing dienen ervaren en minder ervaren rechters met een zekere regelmaat stelselmatig te reflecteren op hun eigen werk en dat van collega’s. Het concept van rechtspraak als praktische oordeelsvorming biedt een vocabulaire om deze reflectie en de discussie over de kwaliteit van oordeelsvorming te verdiepen en te verrijken. Met name begrippen zoals praktische wijsheid, situatiegevoel en *habitus* kunnen rechters helpen om het onuitgesprokene in het werk beter onder woorden te brengen en daarmee de kwaliteit van hun werk te verbeteren.

Mondelinge behandeling

In civiele zaken wordt een comparitie na antwoord gehouden, tenzij de rechter oordeelt dat de zaak hiervoor niet geschikt is.¹⁰² Bij veel rechtbanken wordt tegenwoordig door de sector civiel in tachtig tot negentig procent van de gevallen een comparitie gehouden. Deze regeling voor de comparitie na antwoord is in 2002 ingevoerd met als doel tot een efficiëntere en effectievere behandeling van civiele zaken te komen. De procespartijen kunnen de rechter aan het begin van de procedure toelichten waarover de rechtstrijd gaat en zonodig het geschil beperken tot een aantal punten, de rechter kan partijen om aanvullende informatie vragen en een schikking beproeven.

De casussen hebben laten zien dat mondelinge behandeling niet alleen van belang is voor een effectieve en efficiënte rechtsgang, maar ook voor de kwaliteit van processen van oordeelsvorming. De informatie die een rechter tijdens een comparitie tot zich neemt, vormt een belangrijke aanvulling op de informatie uit de stukken; het beeld van een zaak en beslissingsrichting vervolmaken zich, zo hebben wij hiervoor gezien. De comparerende rechter heeft meer en andersoortige aanknopingspunten voor zijn beslissing dan de rechter die zich uitsluitend op de schriftelijke stukken baseert. De doelstelling om ook in kanton- en appelzaken vaker een comparitie te houden is vanuit dit perspectief positief. Ook in deze procedures zal de comparitie een positieve impuls geven aan de rechtsgang en de kwaliteit van de rechterlijke oordeelsvorming.

Selectie en opleiding van rechters

De rechter dient zich als een *braaf* ambtenaar op te stellen.¹⁰³ Dit betekent onder andere dat rechters een kritische houding ten opzichte van partijen, hun advocaten, de wet- en regelgeving, hun eigen functioneren, hun collega’s, en de eigen organisatie dienen te hebben, en in de

¹⁰² Zie artikel 131 Wetboek van Rechtsvordering.

¹⁰³ Braaf heeft hier de betekenis van dapper. Zie voetnoot 28 voor een nadere toelichting.

gevallen waarin zij dit nodig achten tegen de stroom in te zwemmen. Deze kritische houding vormt in ons bestel de *base line* van de rechterlijke onafhankelijkheid en professionaliteit. Deze houding is zeer persoonlijk en vaak het resultaat van jarenlange vorming. In dit verband zijn er binnen de rechterlijke macht zorgen te horen over de veranderende samenstelling van de rechterlijke macht. De zorg richt zich met name het – vermeende – toenemend aantal rechters in opleiding afkomstig uit de publieke sector. Anders dan advocaten, de groep waaronder rechters in het verleden geworven werden, zijn ambtenaren gewend in “systemen en hiërarchiën te denken”, zo merkt Tonkens op. “En wij willen ook eigenzinnige, creatieve types, die vrij denken en handelen. [...] Die [types] zoek ik meer in de advocatuur.”¹⁰⁴

Het beeld van het toenemend aantal zij-instromers uit de publieke sector kan niet met cijfermateriaal worden onderbouwd, omdat er geen recent onderzoek naar de professionele achtergrond van rio's is gedaan.¹⁰⁵ Onderzoek naar de samenstelling van zij-instromers en naar de vraag of tussen de deelgroepen waaruit rechters worden gerekruteerd verschillen in professionele houding bestaan, is van groot belang. Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen rio's, raio's en “interne doorstromers”, gerechtssecretarissen die tot rechter worden opgeleid.¹⁰⁶ Als uit het onderzoek inderdaad blijkt dat de rio's afkomstig uit de publieke sector de overgrote meerderheid vormen en indien blijkt dat voormalig ambtenaren ontvankelijker zijn voor systeem- en hiërarchiedenken, dan kan dit op termijn gevolgen voor de werkwijze en de professionele attitude van rechters hebben. Hiermee is overigens niet gezegd dat ambtenaren die de overstap maken naar de rechterlijke macht een onvoldoende eigenzinnig en creatief zouden zijn.

In ieder geval is van belang dat het rechterschap ook aantrekkelijk blijft voor advocaten met een ruime procespraktijk. Hun werkwijze en professionele houding zorgen in het algemeen voor een versterking van de professionele praktijk van rechters op de punten kritische houding en eigenstandigheid. Dit betekent tegelijkertijd dat ervaren advocaten bereid moeten zijn hun advocatentoga in te ruilen tegen die van een rechter, ook als daaraan een lagere beloning verbonden is. De Engelse praktijk, waarin rechters voornamelijk onder ervaren advocaten worden gerekruteerd, is hiervan een goed voorbeeld.

In de opleiding van rechters zou structureel aandacht besteed moeten worden aan de ken- en handelingstheoretische fundamenteën van het rechterlijk werk. Deze aandacht draagt bij aan het zelfbeeld van rechters als een zelfstandige, praktische beslissers versterkt, waarmee een tegenwicht geboden wordt aan de rationeel-positivistische tendens de rechter voornamelijk te

104 Interview met Jensma (2007: p. 19).

105 Het promotie-onderzoek van De Groot-Van Leeuwen (1991) bevat hiervoor een aantal aanknopingspunten, maar beschrijft de situatie van bijna twintig jaar geleden.

106 Zie in dit verband ook De Werd (2007: p. 167). Hij plaatst een aantal kritische kanttekeningen bij de raio-opleiding en interne doorstromers en vraagt zich af of deze opleidingstrajecten geschikt zijn voor de ontwikkeling van kritische geesten.

zien als een neutrale *toepasser* van het recht. Zoals hiervoor bepleit, is dit zelfbeeld uiteindelijk het basale ijkpunt waarop rechters kunnen teruggrijpen in processen van oordeelsvorming.

In de universitaire en de postacademische (voor)opleiding van rechters wordt veel aandacht besteed aan het recht en ‘juridische’ vaardigheden en nauwelijks aan *fact finding*. Voor het civiele recht speelt dit mogelijk nog sterker dan voor de andere rechtsgebieden. Dit is opvallend, te meer in processen van (civiele) rechterlijke oordeelsvorming de waardering van het feitencomplex een centrale rol speelt. In het curriculum van de rechtersopleiding zou dan ook meer aandacht moeten zijn voor beginselen, methoden en technieken van *fact finding*.

Advocatuur

Dit onderzoek richt zich primair op processen van *rechterlijke oordeelsvorming in civilibus*. In al deze zaken geldt in beginsel verplichte advocatenbijstand. In algemene zin kan worden opgemerkt dat de rechters die ik in het kader van dit onderzoek gesproken of geobserveerd heb in het algemeen niet tevreden zijn over de wijze waarop advocaten in deze zaken procederen. Dat geldt met name ten aanzien van die delen van de procedure die betrekking hebben op de feiten. Veel stellingen zijn door de advocaten juridisch handig weergegeven, maar advocaten hebben vaak geen exact idee van het feitelijk verloop van een zaak.¹⁰⁷ In alledaagse rechtspleging is inzicht in de feitelijke achtergrond van een geschil cruciaal, omdat de uiteindelijke beslissing in een feitelijke basis moet wortelen. Door hun gebrekkige kennis van en interesse in het feitelijk verloop van een geschil, treden advocaten vaak (onbewust) als stoorzender op, hetgeen meestal niet in het belang van hun cliënt is. Ook voor de advocatuur geldt *ius in causa positum*. De advocatuur zou daarom in procedures veel meer aandacht moeten hebben voor het feitelijke en zich daar beter op voorbereiden. Daarnaast zou de advocatuur een groter inzicht moeten krijgen in processen van rechterlijke oordeelsvorming, omdat zij daarmee hun eigen werk beter kunnen doen. Gezamenlijke cursussen van de Rechtspraak en de advocatuur over comparities en bewijs zijn een mogelijkheid om nadere uitwerking te geven aan deze aanbeveling.

7.3.2 Agenda van onderzoek rechterlijke oordeelsvorming

Ik sluit deze paragraaf af met een aantal aanbevelingen over het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming. In het eerste hoofdstuk zijn de volgende kanttekeningen geplaatst bij de agenda van het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming: (i) er is weinig interesse in de dagelijkse praktijk van rechterlijke oordeelsvorming; (ii) er wordt weinig empirisch onderzoek naar civielrechtelijke rechtsvinding gedaan; (iii) bij de bestudering van de rechterlijke

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld casus ‘Niet-betaalde termijnen’ (paragraaf 5.2).

oordeelsvorming staat de toepassing van het recht centraal; en (iv) de analyse van rechterlijke oordeelsvorming is onpersoonlijk. Deze kritiek levert in combinatie met het perspectief van de praktische oordeelsvorming de volgende aanbevelingen voor de onderzoeksagenda op.

Tot op heden is het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming praktisch gezien het exclusieve domein van rechtswetenschappers, filosofen en taalkundigen. Onderzoek naar rechtsvindingstechnieken en argumentatie vormen de kern van het huidige onderzoeksprogramma. Deze onderwerpen zijn zonder meer van groot belang voor processen van rechterlijke oordeelsvorming, maar vormen, zoals ik hiervoor heb beargumenteerd, niet de kern daarvan. Door het stelselmatig negeren van deze kern bestaat het risico dat onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming zijn relevantie voor de rechtspraak verliest. Er zou dan ook meer onderzoek gedaan moeten worden naar de alledaagse praktijk van de rechtspraak, rechtsvinding en regeltoepassing. Voorbeelden van onderzoeksvragen zijn: Op welke wijze gebruiken rechters en andere praktijkjuristen de jurisprudentie van de Hoge Raad? Welke rol spelen secretarissen in processen van rechterlijke oordeelsvorming? Hoe werken rechters samen met collega-rechters en secretarissen? Op welke wijze komen besluiten in een raadkamer tot stand? Hoe gaan rechters in processen van oordeelsvorming om met (gepercipieerde) productiedrang?

Ook zou de theoretische onderkenning dat feiten een belangrijke rol spelen in processen van rechterlijke oordeelsvorming prominenter moeten terugkomen in de wetenschappelijke interesse in methoden en technieken voor *fact finding* in het civiele recht. Eerstelijnsrechters besteden het grootste deel van hun tijd aan de constructie van de feiten. De problemen waarmee zij in procedures worden geconfronteerd, hebben hoofdzakelijk betrekking op de feiten. De vier casussen die in dit onderzoek zijn behandeld, bevatten verschillende voorbeelden van dergelijke problemen. Het onderzoek naar *fact finding* raakt dan ook de kern van de rechtsvinding en verdient derhalve meer wetenschappelijke aandacht.

Empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming is buitengewoon schaars. Onderzoek naar de rol van de advocatuur in deze procedures is zo mogelijk nog schaarser. Omdat zowel de advocatuur als de rechterlijke macht verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van de rechtspleging, en omdat er over en weer klachten zijn over elkaars functioneren, is empirisch onderzoek naar de rolverdeling en -invulling van advocaten en rechters in concrete procedures gewenst. Uit dit onderzoek kunnen nadere aanbevelingen over de versterking van de praktijk van de rechtspleging voortvloeien.

In de laatste plaats zou het onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming een nadrukkelijker multi- of interdisciplinair profiel moeten krijgen dan nu het geval is. Door rechtspraak vanuit verschillende wetenschappelijke disciplines te benaderen kan nieuw inzicht ontstaan. De beoefenaars van de rechtswetenschappen, de cognitieve psychologie, de neuro- en rechts-

psychologie, de (rechts)sociologie, de socio- en psycholinguïstiek, de (rechts)filosofie, de rechtstheorie en andere onderzoeksgebieden zouden in één onderzoeksschool een samenwerkingsverband moeten aangaan om de praktische oordeelsvorming te analyseren. Dergelijk multidisciplinair onderzoek is tot op heden buitengewoon schaars. Gezien het handelingskarakter van rechterlijke oordeelsvorming en de rol van de stilzwijgende achtergrondkennis zou bijzondere aandacht besteed moeten worden aan de ontwikkeling van onderzoeksmethoden en –technieken om de stilzwijgende dimensies van de rechterlijke oordeelsvorming onder woorden te brengen.

Epiloog

Het fietsongeval – het vonnis

Rechtbank Middelstad
Sector civiel recht

Vonnis

in de zaak van

JOHAN BINNENDIJK

Wonende te Voorberg,
eiser,
procureur mr. B.I. Boersma
advocaat mr. M.R. van Dam

KISHAN KOEDERAI

Wonende te Voorberg
gedaagde,
procureur mr. F.C.A. van Beem
advocaat mr. A.W.M. Smit

De partijen zullen hierna verder worden aangeduid met ‘Binnendijk’ en ‘Koederaï’.

Het verloop van de procedure

Voor het verloop van de procedure tot het tussenvonnis van 21 juli 2004 wordt naar dat vonnis verwezen. Ter uitvoering van dit tussenvonnis is een comparitie van partijen gehouden. Het proces-verbaal bevindt zich bij de stukken. Ten slotte is vonnis bepaald.

De vaststaande feiten

1.1 Op 15 mei 2003 omstreeks 17.30 heeft een aanrijding op een geasfalteerd fietspad net buiten de bebouwde kom van Achterberg plaatsgevonden ter hoogte van – anders dan op het verzekeringsformulier staat vermeld – Provinciale Weg Oost nr 12 tussen een door Binnendijk

bestuurde tourfiets en een door Koederaï bestuurde fiets met aan weerszijden van zijn bagagedrager een fietstas.

1.2 De op 23 mei 2003 door Binnendijk ingevulde en ondertekende bijlage bij het verzekeringsformulier, in de procedure gebracht als productie 1 bij de dagvaarding, vermeldt onder meer:

“ (...)

Omstandigheden tijdens voorval

Met welke snelheid werd gereden?

Verzekerde: circa 30-35 km per uur

Tegenpartij: circa 5-10 km per uur

Werd gereden op een voorrangs-, verharde, onverharde weg of fietspad?

Verzekerde: fietspad

Tegenpartij: fietspad

Rechts, links of midden op de weg?

Verzekerde: links

Tegenpartij: rechts

(...)

Breedte van de weg?

Verzekerde: 2m

Tegenpartij: 2m

Werd richtingverandering aangegeven?

Verzekerde: n.v.t.

Tegenpartij: Nee, ineens naar links

(...)

Wegdek: droog

Aansprakelijkheid

Wie is naar uw mening aansprakelijk? Waarom meent u dat?

Partij A is aansprakelijk: heeft dit zelf ook beaamd. Is plots van de lijn afgeweken, waardoor hij B heeft geraakt, met als gevolg een harde val (hoofdwond en heupfractuur). Getuige 1 heeft dit gezien en bevestigd.”

1.3 De op 28 juni 2003 door Koederaï ingevulde en ondertekende bijlage bij het verzekeringsformulier, in de procedure gebracht als productie 3 bij de dagvaarding, vermeldt onder meer (waarin Koederaï zijn gegevens heeft ingevuld onder ‘verzekerde’ rb.):

“ (...)

Omstandigheden tijdens voorval

Met welke snelheid werd gereden?

Verzekerde: circa 15 km per uur

Tegenpartij: circa 30 km per uur

Werd gereden op een voorrangs-, verharde, onverharde weg of fietspad?

Verzekerde: fietspad

Rechts, links of midden op de weg?

Verzekerde: rechts

(...)

Breedte van de weg?

Verzekerde: 1,5

Werd tijdig rijrichtingverandering aangegeven?

Verzekerde: nee

(...)

Wegdek: droog

Aansprakelijkheid

Wie is naar uw mening aansprakelijk? Waarom meent u dat?

Er haalden twee fietsers mij in en die gebruikten geen bel en daarna kwam hij en deed zijn fietsbel ook niet gebruiken en bleef toen met zijn trapper in de spaak van mijn voorwiel hangen. Hij riep dat ik aan de kant moest toen hij naast mij zat.”

1.4 Het letsel dat Binnendijk heeft opgelopen bestaat uit een heupfractuur, een hersenschudding en een hoofdwond. Daarnaast heeft Binnendijk onder meer schade aan diverse kledingstukken, zijn bril en zijn fiets opgelopen.

1.5 In het Expertiserapport gedateerd 10 juli 2004 opgesteld door De Meeuw Schaderegeling te Kleinstad in opdracht van de verzekeraar van Koederai staat onder meer vermeld:

“(…)

SITUATIE

De Provinciale Weg Oost is de oude hoofdweg tussen Achterdam en Middelstad. Het is een drukke weg met aan beide zijden een geasfalteerd fietspad. Het fietspad is bestemd voor fietsers en brommers. Het fietspad is geasfalteerd over een breedte van 2,50 meter. De staat van onderhoud is goed.

(…)”

1.6 Namens Binnendijk is Koederai aansprakelijk gesteld voor door Binnendijk ten gevolge van het ongeval geleden en nog te lijden schade, bestaande uit materiële en immateriële schade. Namens Koederai is elke aansprakelijkheid van de hand gewezen.

Het geschil

2. Binnendijk vordert dat door de rechtbank voor recht wordt verklaard dat Koederai aansprakelijk is voor alle schade die reeds voortgevloeid is of nog zal voortvloeien uit de aanrijding van 15 mei 2003, nader op te maken bij staat, te vermeerderen met de wettelijke rente erover en te vermeerderen met de buitengerechtelijke incassokosten.

3. Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten legt Binnendijk aan zijn vordering ten grondslag het verwijt dat Koederai met zijn fiets een plotselinge slingerbeweging naar links heeft gemaakt waardoor tussen de tourfiets van Binnendijk en de fiets van Koederai een aanrijding heeft plaatsgevonden als gevolg waarvan Binnendijk ten val gekomen is en letsel heeft opgelopen.

4. Koederai voert gemotiveerd verweer. Daarop zal, voor zover relevant in het navolgende, worden ingegaan.

De beoordeling van het geschil

5. Voorop gesteld wordt dat op Binnendijk op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv de last rust feiten te stellen en te bewijzen waaruit kan volgen dat sprake is geweest van onrechtmatig handelen van Koederai. Aansprakelijkheid van Koederai wordt door Binnendijk gegrond op het bepaalde in art. 6:162 BW. Voor aansprakelijkheid op grond van dat artikel is nodig dat Koederai een verwijtbare verkeersfout heeft gemaakt.

6. Koederai betwist dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. Op de comparitie heeft Koederai verklaard dat hij werd ingehaald door twee hardrijdende wielrenners die langs hem heen scheerden. Op dat moment keek hij naar links en is hij van schrik gaan slingeren. Een seconde later vond de aanrijding plaats met – naar later bleek – Binnendijk. Volgens Koederai valt hem geen verwijt te maken dat hij is gaan slingeren door de schrikreactie. Van een bewust nemen van een onverantwoord risico was dan ook volgens hem geen sprake.

7. Het slingeren door Koederai levert op zichzelf een verkeersfout op omdat hij hierdoor in strijd met het bepaalde in art. 3 Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens (RVV 1990) niet zoveel mogelijk rechts heeft gehouden en bovendien met dit geslinger in strijd met het bepaalde in art. 5 Wegenverkeerswet 1994 (WVW) gevaar op het fietspad heeft veroorzaakt voor Binnendijk. Bijzonder bijkomende omstandigheden die deze gedraging van Koederai zouden rechtvaardigen zijn niet gesteld of gebleken.

8. De vraag die thans voorligt is of deze verkeersfout ook aan Koederai kan worden verweten. Op grond van de onder 1.2 en 1.3 genoemde stukken kan worden aangenomen dat Koederai met een snelheid gelegen tussen de 5 en 15 kilometer per uur op een vaste lijn aan de rechterkant van het fietspad reed op het moment dat twee fietsers hem inhaalden en dat Binnendijk hem met een snelheid van zo'n 30 kilometer per uur is gepasseerd. Vast staat dat Koederai met zijn fiets plotseling een slingerbeweging naar links heeft gemaakt juist op het moment waarop Binnendijk hem wilde passeren. Binnendijk heeft niet voldoende kunnen uitwijken waardoor de aanrijding tussen hen heeft plaatsgevonden.

9. De rechtbank stelt voorop dat een feit van algemene bekendheid is dat fietsers minder stabiel zijn dan vierwielers, minder in staat zijn tot strak koers houden en gevoeliger zijn voor wind en luchtwervelingen. Met die aan fietsers inherente instabiliteit hebben andere weggebruikers rekening te houden aldus dat zij daar hun eigen gedrag in het verkeer op dienen af

te stemmen. Een slingerbeweging hoeft om die reden dus niet zonder meer een verwijtbare verkeersfout op te leveren.

10. Koederai stelt dat hij is geschrokken van het feit dat de twee fietsers in hoog tempo langs hem scheerden op korte afstand gevolgd door Binnendijk, als gevolg waarvan hij is gaan slingeren. Binnendijk heeft dat niet bestreden, zodat daarvan moet worden uitgegaan. Evenmin heeft Binnendijk bestreden dat hij bij het passeren wel heel kort op zijn voorgangers reed. Gelet op dit laatste en in aanmerking genomen dat Binnendijk daarbij met een snelheid van circa 30 kilometer per uur is gaan inhalen terwijl hij blijkens zijn op de comparitie afgelegde verklaring de indruk had dat Koederai niet erg oplettend was kan, mede op grond van hetgeen hiervoor onder 9. is overwogen, Koederai er geen verwijt kan worden gemaakt dat hij is geschrokken en met zijn fiets een slingerbeweging naar links heeft gemaakt.

11. De hiervoor geschetste omstandigheden brengen mee dat het juist op de weg van Binnendijk had gelegen om zijn rijgedrag aan te passen – door snelheid verminderen of meer afstand te nemen tot zijn voorganger – in welk geval een aanrijding, naar valt aan te nemen, eenvoudig voorkomen had kunnen worden. Er zijn geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit kan volgen dat Binnendijk dit niet heeft kunnen doen. Of er door de twee fietsers of Binnendijk belsignalen zijn gegeven – zoals Binnendijk stelt en Koederai betwist – kan in het midden blijven nu niet door Binnendijk is gesteld, noch is gebleken, dat hij zich er zo veel als mogelijk van heeft vergewist dat deze daadwerkelijk door Koederai zijn gehoord. Omstandigheden die vóór of tijdens de aanrijding plaatsvonden en die Koederai wel verweten kunnen worden, zijn niet gesteld of gebleken.

12. Een en andere leidt tot de conclusie dat Koederai door te slingeren met zijn fiets niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens Binnendijk. De vorderingen van Binnendijk dienen daarom te worden afgewezen.

13. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Binnendijk in de kosten van deze procedure worden veroordeeld.

De beslissing

De rechtbank, recht doende,

wijst het gevorderde af:

veroordeelt Binnendijk in de kosten van de procedure aan de zijde van Koederai begroot op € 194,- voor verschotten en € 924,- kosten procureur.

Dit vonnis is gewezen door mr. B. de Jong, rechter, en in het openbaar uitgesproken op woensdag 23 maart 2005.

Samenvatting

Dagelijks nemen civiele rechters talloze beslissingen: zij wijzen een vordering tot het betalen van een schadevergoeding af, kennen een verzoek om een getuigenverhoor toe of laten de gedaagde die tijdens een comparitie al een lange tijd onafgebroken spreekt nog even aan het woord. Al deze beslissingen komen onder onzekerheid tot stand omdat de rechter geen harde criteria heeft waarmee hij de juistheid van zijn oordelen kan vaststellen. Iedere keer moet een rechter bepalen of in wet- en regelgeving en jurisprudentie uitgewerkte rechtsregels ook van toepassing op de casus waarover hij een oordeel moet uitspreken. Bovendien staat het beslissingsproces onder tijdsdruk. De rechter is gebonden aan termijnen en hij heeft nog meer zaken die ‘voor vonnis staan’ of waarvan hij een comparitie moet voorbereiden. De praktijk van alledaagse rechterlijke oordeelsvorming is dan ook in hoge mate complex, dringend, conflictueus en onvoorspelbaar.

Ondanks de op het eerste oog moeilijke omstandigheden waaronder civiele rechters moeten werken, lukt het hen over het algemeen acceptabele beslissingen te nemen. Voor dit delicate proces is in de publieke opinie noch in de literatuur over rechtsvinding en rechtspraak veel aandacht. De kennis en vaardigheden die rechters gebruiken bij processen van oordeelsvorming hebben in deze heersende opvatting geen eigenstandig karakter. Rechterlijke oordeelsvorming wordt gezien als het toepassen van algemene, expliciteerbare kennis van het recht en de rechtspraak op een concrete casus. Deze visie op rechterlijke oordeelsvorming vloeit voort uit het achterliggende rationeel-positivistische kader. In *hoofdstuk 1* wordt gedemonstreerd dat niet alleen het wetenschappelijke maar ook het maatschappelijke denken over de alledaagse praktijk van rechterlijke oordeelsvorming nog altijd onder een grote invloed van dit denkkader staat, niettegenstaande de fundamentele kritiek die hierop is geuit.

Voor de rechterlijke oordeelsvorming zijn andere “niet-rationele” kennisvormen, zoals situatiegevoel en praktische wijsheid, van essentiële betekenis. In het rationeel-positivistische perspectief kan onvoldoende uitdrukking gegeven worden aan deze aspecten van rechterlijke oordeelsvorming. Bovendien geeft dit kader nauwelijks inzicht in de wijze waarop een rechter begrip kan krijgen van een actuele situatie en hoe hij daarin kan participeren. De praktijk leert dat kennis van het recht en de rechterlijke oordeelsvorming van een andere orde is dan het nemen van een concrete beslissing in een intrinsiek onbepaalde situatie.

Het rationeel-positivistische denkkader staat de oplossing van een aantal actuele vraagstukken in de rechtspraak in de weg: de spanning tussen de bedrijfseconomische en een inhoudelijke benadering van de rechtspraak, interactie en responsiviteit als rechterlijke vaardigheden en de bureaucratisering van de rechtspraak. In *hoofdstuk 2* worden deze onderwerpen en ontwikkelingen beschreven en geanalyseerd.

Ook wordt een kennistheoretisch kader uitgewerkt waarin de essentialia van rechterlijke oordeelsvorming beter tot hun recht komen. Civiele rechtspleging beschouwd als een vorm van praktische oordeelsvorming biedt hiervoor een goede basis. Praktische oordeelsvorming rust op de volgende pijlers: (i) rechterlijke oordeelsvorming is een vorm van sociaal handelen; (ii) de betekenissen in de rechterlijke oordeelsvorming komen tot stand tegen een decor van sociaalhistorisch gevormde, stilzwijgende kennis; en (iii) een rechter kan alleen tot een oordeel komen door daadwerkelijk te participeren in een proces van oordeelsvorming. Bij de uitwerking van dit kader wordt gebruik gemaakt van inzichten die het pragmatisme, de hermeneutiek en de praktijktheorie hebben opgeleverd.

In het promotie-onderzoek wordt de praktische oordeelsvorming uitgewerkt aan de hand van de belangrijkste elementen van rechtspraak: regels, feiten en beslissingen. Het onderzoek is beperkt tot het privaatrecht. De theoretische notities worden geïllustreerd met empirisch materiaal dat in het kader van dit onderzoek tijdens observaties van zittingen en interviews met rechters verzameld is. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een interpretatieve analyse-methode. In de sociale wetenschappen, met name in studies naar de praktijk van beleid en regeltoepassing, is ruime ervaring opgedaan met dergelijke analyses. Deze benadering is ook geschikt voor de interpretatie van rechterlijke oordeelsvorming.

Het theoretisch kader van dit onderzoek komt voor een belangrijk deel samen in de rechtstheorieën van Oliver Wendell Holmes Jr. en Paul Scholten. In *hoofdstuk 3* wordt aandacht besteed aan deze theorieën. Beiden hebben veel aandacht gevraagd voor het sociaal-historische karakter van het recht en het handelingskarakter van rechterlijke oordeelsvorming. In het proces van oordeelsvorming richt de rechter zich op het feitelijk effect van zijn handelen. Bovendien, zo hebben beide schrijvers laten zien, anticipeert de rechter op de acceptatie van zijn oordeel. De mate waarin de rechter een oordeel overtuigend motiveert, is medebepalend voor de acceptatie. De beslissing moet juridisch standhouden en door partijen, de rechtsgemeenschap en de samenleving in ruime zin worden aanvaard. Omdat recht en rechtspraak een open systeem vormen, is de juridisch-logische motivering echter niet bepalend voor de acceptatie van het oordeel. Het recht en de feiten noch de ratio bieden de rechter een onwrikbare houvast bij zijn anticipatie op de aanvaardbaarheid van zijn beslissing.

Holmes en Scholten hebben uitvoerig aandacht besteed aan dit probleem en hebben een rechtsvindingstheorie op een andere dan een rationeel-positivistische epistemologische grondslag uitgewerkt. Bij Holmes is de sociaalhistorisch gevormde *experience* een essentiële kennisvorm voor de rechterlijke oordeelsvorming. Het geweten en het rechtsbewustzijn spelen in de rechtstheorie van Scholten een belangrijke rol.

Hoofdstuk 4 staat in het teken van de betekenis van regels in processen van oordeelsvorming. In de publieke en wetenschappelijke opinie wordt aan regels een centrale rol in de rechtspraak toegedicht. De rechter moet met behulp van zijn juridische kennis de regel toepassen op de

voorhanden casus. Alleen in uitzonderlijke complexe zaken is er sprake van rechtsvinding en heeft de rechter de vrijheid de lacune in de wet op te vullen. Er bestaat echter een immanente kloof tussen regels en regelconform handelen. Het toepassingsbereik van een regel is nooit uitputtend uit te drukken in een linguïstische formulering. Regels toepassen kan dan ook beter worden beschouwd als een handelingspraktijk waarin begrip van een regel in een actuele situatie tot stand komt via een doorlopende wisselwerking tussen participatie en reflectie. Zowel expliciete kennis van de regel als stilzwijgende achtergrondkennis spelen in dit proces een rol.

Dit proces van geactualiseerde betekenisverlening heeft een spiraalvormige structuur. Om tot een rechterlijk oordeel te kunnen komen, moet een rechter de casus tegen de achtergrond van de toepasselijke rechtsregels waarden. Tegelijkertijd beoordeelt de rechter de wet- en regelgeving vanuit het perspectief van de casus. Aan deze hermeneutische benadering zijn de namen van Gadamer en Esser verbonden. Begrip van een actuele casus komt tot stand tegen een decor van reeds weten, waarbij alle eerdere ervaringen, kennis en expertise van de rechter een rol spelen. In de gepresenteerde visie is het recht niet alleen een normatief kader dat een rechter gebruikt bij de oordeelsvorming, maar een deel van de taal waarin rechters, denken en handelen. Het burgerlijk recht is een *soort gezond verstand*. De bruikbaarheid van een regel om een casus te kunnen oplossen, geeft de hermeneutische zoektocht vorm en richting. In dit proces spelen voor-oordelen en verwachtingen ten aanzien van de casus en de beslissing een belangrijk rol. Deze voor-oordelen geeft één van de rechters uit het onderzoek de energie om nieuwsgierig te zijn. Tegelijkertijd benadrukt deze rechter dat het noodzakelijk is de geestelijke flexibiliteit te hebben om het voor-oordeel in te ruilen voor ander standpunt. De mate waarin een regel bijdraagt aan een acceptabele beslissing is de horizon waarop de rechter zich richt.

Het vaststellen van feiten in een civiele procedure wordt vaak voorgesteld als een lineair proces. Uit de gebeurtenis die het geschil omvat, selecteren partijen feiten die zij in het geding brengen ter onderbouwing van hun stellingen. Vervolgens wordt aan de hand van de bewijsregels een selectie gemaakt van feiten die aan de beslissing ten grondslag liggen. De feiten die in een civiele procedure een rol spelen hebben echter kenmerken die de hierboven beschreven algemeen gangbare benadering problematiseren. Zo wordt in *hoofdstuk 5* beschreven dat de feitelijke aanleiding voor een procedure altijd in het verleden ligt, de feitenvaststelling in een contradictoire context tot stand komt waarin partijen bijna altijd over een deel van de feiten van mening verschillen en procespartijen de feiten presenteren op een wijze die bijdraagt aan een voor hun gunstige uitkomst van de procedure. Bovenop dit alles moet voor een acceptabele uitspraak de feitelijke basis die ten grondslag ligt aan de uitspraak door beide partijen herkend worden als hun eigen geschil. De zogenaamde correspondentietheorie, waarin feiten als een weergave van de sociale of fysieke wereld worden beschouwd, biedt een te beperkt kader om aan dit pluriforme karakter van het feitenonderzoek uitdrukking te geven.

In dit onderzoek wordt een benadering uitgewerkt waarin rekening wordt gehouden met de beperkingen en problemen waarmee rechters in de alledaagse praktijk te maken hebben. Allereerst hebben feiten geen intrinsieke betekenis, maar krijgen zij deze pas als zij in een breder verband worden geplaatst. Dit maakt dat het waarnemen en vaststellen van feiten geen neutrale, objectieve aangelegenheid is, maar afhankelijk van het perspectief of referentiekader dat een persoon hiervoor gebruikt. Niet alleen de selectie, maar ook de inkleuring, de vorming en de herkenning van feiten is derhalve altijd perspectivistisch en waarnemersafhankelijk. In dit proces is van groot belang of een bepaalde interpretatie van het feitenmateriaal aannemelijk is. De criteria voor aannemelijkheid hebben een tweeledig karakter: zij liggen besloten in een retorische handelingspraktijk en in de bijdrage van een bepaalde interpretatie aan de beslissing die een rechter moet nemen. Wat in een concreet geval een aannemelijke interpretatie is, kan niet in uitputtende termen worden verwoord. De stilzwijgende achtergrondkennis speelt ook bij de feitenvaststelling een rol.

Dit maakt dat de feitenvaststelling het karakter van een dialoog tussen de rechter en procespartijen heeft, waarbij de uiteindelijke beslissing het oriëntatiepunt is. Eén van de geïnterviewde rechters verwoordde die proces als volgt: *“Dus je weet niet wat de waarheid is, wat meer waar is. En dan kan je daar met partijen over praten. En dan kun je dikwijls toch tot een praktische oplossing komen. Waar partijen ook wel mee kunnen leven. Waar je zelf ook wel mee kunt leven.”*

Hoofdstuk 6 is gewijd aan de beslissing. Vaak wordt deze beslissing beschouwd als het logische resultaat van het rechterlijk redeneren. Met behulp van empirisch materiaal laat dit onderzoek zien dat de beslissingen die rechters nemen een eigenstandige handeling vormen. In dit proces van besluitvorming is het niet goed mogelijk een scherp onderscheid te maken tussen het handelen van een rechter en de context waarbinnen deze tot stand komt. Het rechterlijke handelen vormt als het ware één systeem met de context waarin onder andere de procespartijen, het algemene publiek en hogere rechters participeren. Rechters maken zich tijdens het proces van oordeelsvorming voortdurend een voorstelling hoe hun beslissing zal uitpakken en zij proberen verschillende beslissingsrichtingen uit in een imaginaire beslissingsruimte. Besluitvorming moet dan ook vooral worden gezien als een proces van groeiende overtuiging dat uiteindelijk uitkristalliseert in een vonnis waaronder de rechter zijn handtekening zet. De rechter doet dit laatste pas als hij voldoende overtuigd is van de acceptatie, dat wil zeggen de juridische juistheid en de rechtvaardigheid, van zijn oordeel.

Een groot deel van het gedrag van rechters en procespartijen heeft een routinematig en impliciet karakter. Deze routines worden ontwikkeld door (jarenlange) deelname aan de praktijk van rechterlijke oordeelsvorming en het leven in algemene zin. Gedeelde routines maken bovendien sociaal handelen mogelijk.

In processen van oordeelsvorming speelt kennis een belangrijke rol. Dit geldt voor de deelprocessen die zich richten op de feiten, de regels en het uiteindelijke oordeel. Kennis van

het recht stelt rechters in staat om op een doelgerichte en verantwoorde wijze te werk te gaan. In dit onderzoek worden drie vormen van kennis onderscheiden: expliciete kennis, dit betreft alle kennis die onder woorden kan worden gebracht; impliciete kennis, dit is de expliciete kennis die routinematig aangewend wordt; en stilzwijgende kennis, dat het vermogen om expliciete en impliciete kennis in concrete situaties toe te passen omvat. In processen van rechterlijke oordeelsvorming worden alle drie de kennisvormen tegelijkertijd aangewend. Met zijn praktisch kennen, een specifieke vorm van stilzwijgende kennis, neemt een rechter beslissingen in concrete situaties. Omdat het praktisch kennen voor het grootste deel samenvalt met de concrete situatie, kan deze kennisvorm slechts gedeeltelijk onder woorden worden gebracht. In het onderzoek worden verschillende voorbeelden van praktische kennis opgevoerd en wordt toegelicht welke signalen rechters tijdens bijvoorbeeld een comparitie opvangen zonder dat deze in het vonnis kunnen worden geëxpliciteerd.

Morele oordelen spelen in processen van rechterlijke oordeelsvorming een belangrijke rol. Het onderzoek laat zien dat morele oordeelsvorming volledig geïntegreerd is met de rechterlijke oordeelsvorming. In het onderzoek zien wij ook hoe een alledaagse, praktische moraal over bijvoorbeeld eerlijk zaken doen samenvalt met het beginsel van *fair play* en het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking. Net als de andere onderdelen van de rechtspleging, is ook morele oordeelsvorming een handelingspraktijk die sociaalhistorisch en tegelijkertijd situationeel bepaald is. Het aan Aristoteles ontleende begrip praktische wijsheid, het vermogen om in actuele, moreel geladen situaties het *juiste midden* te bepalen, speelt in deze processen een belangrijke rol.

Het onderzoek wordt in *hoofdstuk 7* afgesloten met een verkenning van de betekenis van civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming voor de alledaagse praktijk en het wetenschappelijk onderzoek. Beargumenteerd wordt waarom rechtspleging als praktische oordeelsvorming een beter inzicht geeft in de alledaagse rechtspraktijk dan het dominante rationeel-positivistische perspectief. Op basis van dit verworven inzicht wordt een aantal aanbevelingen aan de rechtspraktijk gedaan. In het bijzonder wordt ingegaan op de betekenis van de praktische oordeelsvorming voor de actuele discussies over de verhouding tussen de rechter en de rechterlijke organisatie, het gebruik van richtlijnen, de kwaliteit van de rechtspraak, en de selectie en opleiding van rechters. Daarnaast wordt een aantal aanbevelingen over het wetenschappelijk onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming gedaan. Vooral het onderzoek naar *fact finding* in de civiele rechtspleging zou een impuls moeten krijgen, omdat dit aspect in de dagelijkse praktijk van de rechtspleging een prominente plaats inneemt terwijl het niet goed terugkomt in het onderzoeksprogramma.

Summary

Every day civil judges make numerous decisions: they reject a claim to pay for damages, they allow a request for an examination of witnesses, or they decide not to interrupt when one of the attorneys who speaks too long during a hearing. All these decisions are made under uncertainty as judges have no firm criteria to determine the legal and moral justification of their judgments. In each case, the judge has to decide whether the legislation and case-law also apply in the case under consideration. Furthermore, the decision-making process is under time pressure. Judges are bound by time limits and they have more cases to be finished, all with a pressing deadline. The practice of day-to-day civil justice is therefore complex, urgent, discordant, and unpredictable.

Although, at first sight, judges have to work under difficult circumstances, in general they manage to make acceptable judgments. Neither the public opinion nor the jurisprudence has shown much interest in this delicate process of day-to-day judicial decisioning. In the dominant approach experiences and capacities of judges do not have an autonomous character. Judicial decision-making is considered as the application of general, explicit knowledge of the law and law-making in concrete cases. This vision on judicial decision-making ensues from the underlying rational-positivist frame of mind. As demonstrated in *chapter 1*, not only the thinking of scholars on judicial decision-making, but also the thinking of the general public, policymakers, administrators, and – even – judges has been influenced by this mindset, despite the fundamental criticism which has been uttered by prominent philosophers over the last centuries. For judicial decision-making other “non-rational” forms of knowledge, like sense practise and practical wisdom, are of crucial importance. In the rational-positivist paradigm, however, insufficient expression can be given to these aspects of the judicial decision-making. Furthermore, this paradigm barely gives insight in the way a judge understands the situation and how he can participate in it. Day-to-day practice teaches that possessing knowledge of the law is of a totally different order than taking a decision in an innate indefinite case.

The rational-positivist frame of mind prevents the solution of actual questions in the debate on the judiciary and judicial decision-making: the tension between a managerial, financial approach of the judiciary on the one hand and a professional approach on the other, interaction and responsiveness as crucial judicial capacities, and the bureaucratization of the judiciary. These themes and developments are described and analyzed in *chapter 2*.

The epistemological basis is also elaborated in chapter 2. The concept of civil procedure considered as practical decision-making creates a valuable basis for this approach. The concept of practical decision-making rests upon the following pillars: (i) judging should be considered as social action; (ii) meanings in processes of judicial decision-making are constructed in a

social-historically molded setting of tacit knowledge; and (iii) a judge can only come to a decision by actual “participation” in a case and the process of judging. Pragmatism, hermeneutics and theory of (social) practice give a philosophical basis for this approach.

In this thesis the concept of practical decision-making is elaborated along the lines of the core-elements of civil justice: rules, facts, and decisions. The scope of this study is limited to civil justice. The theoretical notions are illustrated with data, consisting of transcripts of hearings (in chamber), interviews with judges and notes of observations, which have been collected from three different courts. I make use of grounded theory and interpretative analysis, a method of data collection and analysis which has been developed in the social sciences. As to be demonstrated, this method is also suitable for the analysis and interpretation of judicial decision-making.

The theoretical framework of this study converges in the work of the American theorist and judge Oliver Wendell Holmes Jr. and the Dutch professor and attorney Paul Scholten. *Chapter 3* is devoted to the main elements of the work of both scholars. Both writers paid attention to the social-historical character of the law and judicial decision-making. In the process of decision-making the judge is oriented on the actual effect of his judgment. Furthermore, as demonstrated by both authors, judges anticipate on the acceptance of their decisions. This acceptability depends amongst other factors on the extent to which a judgment has been motivated in a convincing way. The judgment has to be accepted by the process-parties, the community of justice, and the public opinion. Because law and law-making should be considered as an open system, in the end a logical, legal argumentation is not decisive for the acceptability of a judgment. Neither the law, the facts nor the ratio provide a firm grip to determine the acceptability of his considered judgment. Holmes and Scholten paid comprehensive attention to this issue and both established a theory of judicial decision-making on a different than rational-positivistic epistemological foundation. In Holmes’ theory, the social-historic molded experience is the essential form of knowledge in processes of judicial decision-making. The conscience (*het geweten*) and the legal consciousness (*het rechtsbewustzijn*) play an important role in Scholten’s legal theory.

Chapter 4 is devoted to the meaning of rules in processes of judicial decision-making. Generally speaking, the public and the academic opinion impute rules a central position in civil justice. A judge has to apply rules on the case in consideration by using his legal knowledge. Only in exceptional, complex cases a judge has the freedom to adjust the case-law. However, as demonstrated by various authors, the domain of rules and the domain of applying rules are divided by an immanent gap. The scope of a rule can never exhaustively be expressed in linguistic terms. Thus, applying rules can better be considered as a social practice in which understanding of the scope of a rule is a result of permanent interaction between participa-

tion and reflection. Explicit knowledge of the rule and tacit background knowledge about the application of rules play a role in this process.

This process of actual understanding follows a helical pattern. In order to come to a judicial decision, a judge has to evaluate the case in the setting of the applicable rules. At the same time, in order to determine which rules apply, the (case-)law has to be judged within the scope of the case. The names of Gadamer and Esser are connected to this so-called hermeneutic approach. The understanding of the case under consideration evolves in a setting of already knowing, in which all the judge's earlier experiences, knowledge and expertise play a role. In this approach, the rules laid down in the law are not only considered as the framework used by judges, but above all as a language used by judges to express their thoughts and shape their actions. One of the judges in study called the civil law "a kind of common sense". The usability of a rule in order to solve a case, gives the hermeneutic search a certain form and direction. Pre-judgments and expectations regarding the case play an important role in this process. These pre-judgments give one of the judges in this study "the energy to be anxious". Nevertheless, this judge stresses that at the same time it is essential to have the mental flexibility to adjust his temporary position and to exchange the pre-judgment for an other one. The extent to which a rule contributes to an acceptable judgment is the horizon for a judge.

In general, the ascertainment of facts in a civil procedure is considered as a linear process. Process parties select facts from the event that precedes the dispute in order to found their legal positions. Then, on the basis of rules of evidence, the judge makes a selection of the facts that found his judgment. However, in practice facts in the civil procedure have an open and discordant character, so that above described approach of using facts is rather problematic. *Chapter 5* demonstrates that the factual occasion for a legal procedure always has a historic dimension, that the process of ascertaining the facts occurs in a contradictory setting in which process parties have different opinions on a part of the factual material, and that both process parties have an interest to present the facts in a for themselves positive way. On the other hand, in order to be acceptable, the factual basis of the judgment has to be recognized by both process parties. The so-called correspondence theory, in which facts are considered as a representation of physical or social world, provides a limited basis for the understanding of this multiform character of facts.

In this study an approach is elaborated that reckons with the limits and problems of day-to-day judicial practice. First of all, facts do not have an immanent meaning, but get one after being put in a wider context. This implies that observing and ascertaining facts is not a neutral, objective activity, but depends on the perspective and framework used. Not only the selection, but also the recognition and construction of facts is based on perspective and dependent on the observer's position. The plausibility of a certain interpretation of facts is crucial in this process. The criteria for plausibility have a dual character: they are enclosed in a rhetoric practice and in the contribution of a certain interpretation to the solution of the case

at hand. These criteria can not be expressed in exhaustive, explicit terms, as tacit background knowledge has a central role in the ascertainment of facts.

This makes that the ascertainment of facts has the character of a dialogue between the judge and both process parties. As one of the judges in this study put it aptly: “You do not know the truth, what is more true. And then you can talk with process parties about it. And in most of the cases you end up with a practical solution. A solution that is acceptable for both process parties. A solution you can live with yourself.”

Chapter 6 is devoted to the decision. Often this decision is considered as the logical outcome of judicial reasoning. The data and theory presented in this study show, however, that judges’ decisions have an independent character. In the dialogic process of judicial decisioning, it is impossible to make a clear cut difference between the judge’s actions and the setting in which he operates. Judicial actions actually form one system with the context in which the process parties, the general public and the courts of appeal – amongst others – participate. During the formation of the judgment judges permanently imagine the impact and consequences of possible decisions. Decision-making should thus first of all be seen as a process of increasing certainty that crystallizes in a judgment to be signed by the judge. Judges only put their autograph under a decision after they are convinced of the acceptability, being the legal and moral justification of their judgment. A part of the judges’ and process parties’ behavior has a routine and implicit character. These routinuous habits are the result of years and years of participation in the social practice of judicial decision-making and life in general.

Knowledge plays an important role in processes of judicial decision-making. This concerns the constituent processes regarding the rules as well as the facts and the final decision. Legal knowledge allows judges to work in a purposive and responsible way. In this study three forms of knowledge are distinguished: explicit knowledge, which concerns all knowledge that can be put in propositions; implicit knowledge, this is all explicit knowledge routinely applied; and tacit knowledge, the capacity to apply explicit and implicit knowledge in concrete action. In processes of judicial decision-making all three forms of knowledge are used. With the help of knowing, a specific form of tacit knowledge, judges act in concrete situations. Because knowing concurs with the situation at hand, it is very difficult for judges to articulate this form of knowledge. In this study various examples of knowing are presented, such as signals judges receive during a hearing which can not be explicated in the judgment. Moral judgments also play an important role in processes of judicial decision-making. This study demonstrates that moral judgments are fully integrated in the process of judicial decision-making. This study also shows, for example, how in day-to-day practice a practical moral about fair business coincides with the principles of fair play and unjust enrichment. Like other aspects of civil justice, moral judgment is a social-historically and situationally determinated social practice. Practical wisdom, the capacity to determine the balance in concrete and morally loaded situations, plays an important role in these processes.

This study concludes with the exploration of the meaning of the concept practical decision-making for daily practice and legal studies. As to be substantiated in *chapter 7*, the concept of practical decision-making gives a better understanding of day-to-day civil justice than the dominant rational-positivist perspective. On the basis of this insight, a number of recommendations for daily practice are made. I demonstrate that the concept of practical decision-making gives an interesting perspective on the actual debate about the position of individual judges in the judicial organization, the use of guidelines, the quality of civil justice, and the selection and training of judges. Furthermore, I make recommendations for the program of the study of judicial decision-making. Particularly, the analysis of fact finding in civil justice should be given an impulse, because this prominent aspect of judicial decision-making does not get sufficient academic attention.

Literatuurlijst

- ABOTT, A. (1988), *The System of Professions, an Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago/Londen: The University of Chicago Press
- ARISTOTELES, (1953/2004), *The Nicomachean Ethics*, Londen: Penguin Books (derde druk)¹⁰⁸
- ARLMAN, H. (2006), Het recht als product, in: *Vrij Nederland*, jrg. 67
- ASSCHER, B.J. (1989), *Meesters der metamorfose*, Amsterdam: Uitgeverij Balans
- ASSER, W.D.H., H.A. GROEN en J.B.M. VRANKEN m.m.v. I.N. TZANKOVA (2006), *Uitgebalanceerd: Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers
- ATRIA, F. (2002), The Powers of Application, in: *Ratio Juris*, jrg. 15, nr. 4, pp. 347 – 376
- BAKER, L. (1991), *The Justice from Beacon Hill: The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins: New York
- BARBER, B. (1987), *Effective Social Science: Eight Cases in Economics, Political Science and Sociology*, New York: Russell Sage Foundation
- BARENDRECHT, M. e.a. (2004), Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?, in: *Nederlands Juristenblad*, nr. 28, pp. 1419 – 1428
- BARNES, B. (2001), Practice as Collective Action, in: T.R. Schatzki, K. Knorr Cetina en E. von Savigny, *The Practice Turn in Contemporary Theory*, Londen / New York: Routledge
- BAUW, E. en F. VAN DIJK (2005), Tijdigheid van rechtspraak in maatschappelijk perspectief, in: *Rechtstreeks*, jrg. 2, nr. 2
- BEEN, W.H.J. DE (2005), *Realism Revisited*, Budel: Damon [Dissertatie Universiteit Tilburg]
- BEER, P. DE (2001), *Over werken in de post-industriële samenleving*, Den Haag: SCP
- BERG, P.G.J. VAN DEN (2000), *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, Deventer: Gouda Quint [Dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam]
- BERNSTEIN, R.J. (1976), *The Restructuring of Social and Political Theory*, New York: Harcourt Brace Jovanovich
- BERTEA, S. (2003), Remarks on a Legal Positivist Misuse of Wittgenstein's Later Philosophy, in: *Law and Philosophy*, nr. 22, pp. 513 - 535

¹⁰⁸ Indien verwezen wordt naar een latere druk of naar een oorspronkelijk werk dat in een verzameling of bloemlezing opgenomen is, dan wordt zowel het jaartal van de eerste druk respectievelijk het oorspronkelijk werk als het jaartal van de uitgave waarmee gewerkt is vermeld.

- BLOOR, D. (2001), Wittgenstein and the Priority of Practice, in: T.R. Schatzki, K. Knorr Cetina en E. von Savigny, *The Practice Turn in Contemporary Theory*, Londen en New York: Routledge
- BOONE, M., P. LANGBROEK E.A. (2007), *Financieren en verantwoorden: Het functioneren van de rechterlijke organisatie in beeld*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers
- BORST, W. (2004), Paul Scholten en de 'rule of law', in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 33, nr. 3, pp. 299 – 314
- BOSTOCK, D. (2000), *Aristotle's Ethics*, Oxford: Oxford University Press
- BOUKEMA, H.J.M. (1997), Rechterlijke retorica, in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, J. Pontier, J. Plug (red.), *Op goede gronden. Bijdragen aan het tweede symposium juridische argumentatie*, Rotterdam 14 juni 1996, Nijmegen: Ars Aequi
- BOURDIEU, P. (1977), *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge: Cambridge University Press [Origineel: *Esquisse d'une théorie de la pratique, precede de trois etudes d'ethnologie kabyle*, vertaling: R. Nice]
- BOURDIEU, P. (1990), *In Other Words: Essays Towards a Reflexive Sociology*, Cambridge: Polity Press
- BOURDIEU, P. (1998), Is a Disinterested Act Possible?, in: P. Bourdieu, *Practical Reason*, Cambridge: Polity Press
- BRAAM, A. VAN (1989), *Filosofie van de bestuurswetenschappen*, Leiden: Martinus Nijhoff
- BRINK, G. VAN DEN, T. JANSEN en D. PESSERS (2005), Renaissance beroepseer noodzakelijk, in: *Christendemocratische Verkenningen / Lente 2005*, Amsterdam: Boom
- BROUWER, P.W. (2004), P. Scholten (1875 – 1946), in: J.M. Smits, C.J.H. Jansen en L.C. Winkel (red.), *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, Ars Aequi Libri: Nijmegen
- BRUGGINK, J.J.H. (1983), *Wat zegt Scholten over recht. Een rechtsfilosofische studie rond het 'Algemeen Deel'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink
- BRUIJN, H. DE (2005), Maak spanningen tussen management en professionals zichtbaar, in: *Christendemocratische Verkenningen / Lente 2005*, Amsterdam: Boom
- BRUINSMA, F. (1995), *Korte gedingen*, Tjeenk Willink: Zwolle
- BRUINSMA, F. (2001), Rechters in Nederland. Een NJB-enquête, *Nederlands Juristenblad*, pp. 1925 – 1934
- BURG, W. VAN DER en H.S. TAEKEMA (2004), Het belang van idealen, in: *Nederlands Juristenblad*, jrg. 79, pp. 1074 – 1080.
- BURKE, T. (1994), *Dewey's New Logic. A Reply to Russell*, Chicago: The University of Chicago Press
- CHARMAZ, K. (1990), 'Discovering' Chronic Illness. Using Grounded Theory, in: *Social Science Medicine*, jrg. 30, nr. 11, pp. 1161 – 1172
- COLLINS, H.M. (2001), What is Tacit Knowledge?, in: T.R. Schatzki, K. Knorr Cetina en E. von Savigny, *The Practice Turn in Contemporary Theory*, Londen/New York: Routledge

- COMMISSIE EVALUATIE MODERNISERING RECHTERLIJKE ORGANISATIE (2006), *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag
- COOK, S.D.N. en J.S. BROWN (1999), Bridging Epistemologies. The Generative Dance between Organizational Knowledge and Organizational Knowing, in: *Organization Science*, jrg. 10, nr. 4, pp. 381 – 400
- COOK, T.D. (1985), Postpositivist Critical Multiplism, in: R.L. Shotland en M.M. Marks (red.), *Social Science and Social Policy*, Beverly Hills: Sage Publications
- CROMBAG, H.F., J.L. DE WIJKERSLOOTH en M.J. COHEN (1973), *Het rechterlijk oordeel*, Zwolle: Tjeenk Willink
- DELLEN, A.H. VAN (2006), Wat is de rechter waard?, in: *Rechtstreeks*, jrg. 3, extra nummer Rechtspraaklezing 2006
- DELLEN, A.H. VAN, F. VAN DIJK en E. BAUW (2007), Kwaliteit van rechtspraak, in: *Nederlands Juristenblad*, jrg. 82, pp. 144 - 151
- DESCARTES, R. (1637/2002), *Over de methode*, Amsterdam: Boom Klassiek [Origineel: *Discours de la méthode*, vertaling: Th. Verbeek]
- DEWEY, J. (1910/1985), How We Think. A Restatement of the Relation of Reflective Thinking to the Educative Process, in: J.A. Boydston, *The Middle Works 1899 – 1924*, Carbondale: Southern Illinois University Press
- DEWEY, J. (1938), *Logic. The Theory of Inquiry*, New York: Holt, Rinehart and Winston
- DEWEY, J. (1950), *Reconstruction in Philosophy*, New York: The New American Library
- DIJK, D.J. VAN (2007), Rechterlijke attitude en professionele autonomie. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing, in: E. Bauw e.a. (red.), *Mijnheer de voorzitter...: Liber amicorum A.H. van Delden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers
- DRION, H. (1982), *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer
- DUK, W. (1999), *Recht en slecht: Beginselen van een algemene rechtsleer*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- DUNNE, J. (1993), *Back to the Rough Ground. 'Phronesis' and 'Techne' in Modern Philosophy and in Aristotle*, Notre Dame: University of Notre Dame Press
- DUNNÉ, J.M. VAN (1971/2006), Verslindt de revolutie weer haar eigen kinderen? De zgn. functionele rechtsleer en Paul Scholten, in: J.M. van Dunné, *Normatief uitgelegd. Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer [Samengesteld door J.W.M.K. Meijer e.a.]
- DUNNÉ, J.M. VAN (1973/2006), Riskante rechtsvinding, in: J.M. van Dunné, *Normatief uitgelegd. Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer [samengesteld door J.W.M.K. Meijer e.a.] [oratie]
- DUNNÉ, J.M. VAN (1976/2006), Boekbespreking: Prof. dr. J.H. Wieland, *De rechtsvindingsmethode volgens Josef Esser*, in: J.M. van Dunné, *Normatief uitgelegd. Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer

- rechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer [Samengesteld door J.W.M.K. Meijer e.a.]
- DUNNÉ, J.M. VAN (1980/2006), De persoon van de rechter en de rechtsvinding, in: J.M. van Dunné, *Normatief uitgelegd. Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer [Samengesteld door J.W.M.K. Meijer e.a.]
- DUNNÉ, J.M. VAN (1982/2006), The Personality of the Judge and Legal Decision Making in Private Law, in: J.M. van Dunné: *The Duty of Care in Contract and Tort: Selected Essays on Contract, Construction Law, Tort, Environmental Liability, Jurisprudence*, Maastricht: Shaker Publishing [Samengesteld door J.W.M.K. Meijer e.a.]
- DUNNÉ, J.M. VAN (1983/1984), Nederlandse juristen in de ban van Hegel, in: J.M. van Dunné, *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, Arnhem: Gouda Quint
- DUNNÉ, J.M. VAN (1986/2006), The Role of Personal Values in Legal Reasoning, in: J.M. van Dunné: *The Duty of Care in Contract and Tort: Selected Essays on Contract, Construction Law, Tort, Environmental Liability, Jurisprudence*, Maastricht: Shaker Publishing [Samengesteld door J.W.M.K. Meijer e.a.]
- DUNNÉ, J.M. VAN (1987/2006), De magie van het woord. Juristen en hun omgang met teksten, in: J.M. van Dunné, *Normatief uitgelegd. Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer [Samengesteld door J.W.M.K. Meijer e.a.] [Diesrede]
- DUNNÉ, J.M. VAN (2006), *Zien is kennen. Omzien ook*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers [Afscheidsrede]
- DUNNÉ, J.M. VAN, P. BOELES en A.J. HEERMA VAN VOSS (1977), *Acht civilisten in burger*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Londen: Harvard University Press
- ECO, U. (2005), *De mysterieuze vlam van koningin Loana*, Amsterdam: Prometheus [Origineel: La misteriosa fiamma della regina Loana; vertaling: R. Gerritsen en H. Vlot]
- EEKELAAR, J. (2002), Judges and Citizens. Two Conceptions of Law, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, jrg. 22, nr. 3, pp. 497 – 516
- EGGENS, J. (1949/1998), Een man een man, een woord een woord, in: J. Eggens, *Eggens bundel*, Overveen: Uitgeverij Belvédère [Samengesteld door H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits]
- ESHUIS, R. (2005), Sneller procederen. Empirisch onderzoek naar de afdoening van civiele bodemzaken, in: *Rechtstreeks*, jrg. 2, nr. 2
- ESSER, J. (1970), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag
- FRANK, J. (1932), What the Courts Do in Fact, in: *Illinois Law Review*, jrg. 26, pp. 645-66
- FRANKEN, H. e.a. (1993), *InLeiden tot de rechtswetenschap*, Arnhem: Gouda Quint (zesde druk)

- FRANKEN, H. (2004a), Rechtswetenschap, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, nr.1, pp. 1 – 2
- FRANKEN, H. (2004b), Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen, *Nederlands Juristenblad*, nr. 28, pp. 1400 – 1408
- GADAMER, H.G. (1960/1990), *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen: J.C.B. Mohr (zesde druk)
- GEEST, G. DE (2004), Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?, in: *Nederlands Juristenblad*, nr. 2, pp. 58 – 66
- GERVEN, W. VAN (1973), *Het beleid van de rechter*, Zwolle: Tjeenk Willink
- GIRAUDOUX, J. (1935/1982), La guerre de Troie n'aura pas lieu, in: M. Riamond, *Sur trois pièces de Jean Giraudoux: La guerre de Troie n'aura pas lieu, Electre, Ondine*, Parijs: Libre Nizet
- GLASER, B.G. en A.L. STRAUSS (1967), *The Discovery of Grounded Theory. Strategies for Qualitative Research*, Chicago: Aldine
- GLASTRA VAN LOON, J.F. (1987), *Norm en handeling*, Groningen: Wolters Noordhoff
- GLAZER, N. (1974), Schools of the Minor Professions, in: *Minerva*
- GOETHE, J.W. VON (1808/2005), *Faust I*, Stuttgart: Reclam Universal Bibliothek
- GOMMERS, H. (2007), Onbewuste denkprocessen maken motivering tot noodzaak, in: *Trema*, nr.4, pp. 127 – 134
- GRIFFITHS, J. (1992), Inleiding: Wat is empirische rechtssociologie?, in: Vakgroep Rechtsfilosofie, Rechtssociologie en Rechtsinformatica, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen, *Rechtssociologie en Rechtsantropologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- GROENEVELD, J.P. en A. KLIJN (2002), *Nieuwe burgerlijke rechtsvordering. Een onderzoek onder sectorvoorzitters en rechtbankmedewerkers naar de werking van de Nieuwe Burgerlijke Rechtsvordering*, Amsterdam: NIPO
- GRONDIN, J. (2002), Gadamer's Basic Understanding of Understanding, in: R.J. Dostal, *The Cambridge Companion to Gadamer*, Cambridge: Cambridge University Press
- GROOT-VAN LEEUWEN, L. DE (1991), *De rechterlijke macht in Nederland. Samenstelling en denkbeelden van de zittende en staande magistratuur*, Arnhem: Gouda Quint [Dissertatie Universiteit Utrecht]
- HAMMERSTEIN, A. (2006), Een betere oplossing dan de cassatie is nog niet gevonden, in: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, nr. 1, pp. 6 – 11
- HARTENDORP, R.C. (2008), Dialogen tussen rechters, in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug en J.A. Pontier, *Alles afwegende.... Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie 22 juni 2007*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- HARTENDORP, R.C. en H. WAGENAAR (2004), De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 33, nr. 1, pp. 60 – 89

- HAWKESWORTH, M.E. (1988), *Theoretical Issues in Policy Analysis*, Albany: State University of New York Press
- HEIJDEN, M. VAN DER (2007), De Mozart van de wiskunde, in: *NRC Handelsblad*, 21 – 22 april 2007
- HEIJDEN, P.F. VAN DER (2004), Recht als wetenschap, in: *Nederlands Juristenblad*, 30 juli 2004, nr. 28, p. 1399
- HENKET, M.M. (1994), Iets over ‘de feiten’ in rechtsvinding en rechterlijke argumentatie, in: E.T. Feteris e.a. (red.), *Met redenen omkleed*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- HERMANS, H.L.C. en P.A.M. MEVIS (2005), Over de kwaliteit van rechtspraak en het bewaken daarvan, in: *Trema*, nr. 2, pp. 45 – 47
- HERSHOVITZ, S. (2002), Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, jrg. 22, nr. 4, pp. 619 – 640
- HESELINK, M.W. (1999), *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer [Dissertatie Universiteit van Amsterdam]
- HIDMA, T.R. (2005), Over geduld, creativiteit, lef en incasseringsvermogen, in: J.G. Brouwer, *Wat maakt een goed jurist*, Boom Uitgevers: Den Haag
- HIDMA, T.R. en E. VAN DER KAM (2005), Kwaliteit, de Raad voor de rechtspraak en de gerechtsbesturen, in: *Trema*, nr. 5, pp. 185 – 188
- HOFHUIS, H.F.M. (2007), Rechterlijke attitude en professionele autonomie, in: E. Bauw e.a. (red.), *Mijnheer de voorzitter...: Liber amicorum A.H. van Delden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers
- HOL, A.M. (1992), Oliver Wendell Holmes, in: P.B. Cliteur en M.A. Loth (red.), *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, Gouda Quint: Arnhem
- HOL, A.M. (1997), Praktische wijsheid en het rechterlijk oordeel, in: *Trema*, nr. 3, pp. 97 – 100
- HOL, A.M. en M.A. LOTH (2001), Iudex mediator; naar een herwaardering van de juridische professie, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 30, nr.1, pp. 9 – 57
- HOLMES, O.W. (1870/1995), Codes, and the Arrangement of the Law, in: S.M. Novick (red.), *The Collected Works of Justice Holmes. Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Chicago: University of Chicago Press
- HOLMES, O.W. (1881/1968), *The Common Law*, Londen / Melbourne: Macmillan
- HOLMES, O.W. (1894/1997), Privilege, Malice, and Intent, in: L. Menand, *Pragmatism. A reader*, New York: Vintage Books
- HOLMES, O.W. (1897/1997), The Path of the Law, in: L. Menand, *Pragmatism. A reader*, New York: Vintage Books
- HOLMES, O.W. (1899/1955), Law in Science and Science in Law, in: J.J. Marke, *The Holmes Reader*, New York: Oceana Publications

- HOLMES, O.W. (1915/1997), *Ideals and Doubts*, in: L. Menand, *Pragmatism. A reader*, New York: Vintage Books
- HOLMES, O.W. (1918/1997), *Natural Law*, in: L. Menand, *Pragmatism. A reader*, New York: Vintage Books
- HOLMES, O.W. (1929/1992), *Letter to Harold Laski*, in: R.A. Posner, *The Essential Holmes*, Chicago: The University of Chicago Press
- HONORÉ, T. (2002), *The Necessary Connection between Law and Order*, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, jrg. 22, nr.3, pp. 489 – 495
- HORKHEIMER, M. en T.W. ADORNO (1969/2007), *Dialectiek van de Verlichting: Filosofische fragmenten*, Amsterdam: Boom [Origineel: *Dialektik der Aufklärung*. Philosophische Fragmente; vertaling: M. van der Nieuwstad]
- HUBBELING, H.G. (1999), *Ludwig Wittgenstein*, in: H. Achterhuis, J. Sperna Weiland, S. Teppema en J. de Visscher, *De denkers. Een intellectuele biografie van de twintigste eeuw*, Amsterdam / Antwerpen: Uitgeverij Contact
- HUGENHOLTZ, W. / W.H. HEEMSKERK (1998), *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: VUGA Uitgeverij
- HULS, N. (2006), *De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverend besliser!*, in *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 35, nr. 1, pp. 3 – 7
- IPPEL, P. en S. HEEGER-HERTTER (2006), *Sprekend de rechtbank. Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingszaal*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers
- JASPERS, A. PH. en J.B.M. VRANKEN (1974), *Een Esseriaanse beproeving*, in: *RM Themis*, pp. 444 – 457
- JENSMA, F. (2007), *De stelling van Wil Tonkens-Gerkema: de rechter moet vooral eigenwijs en eigenzinnig blijven*, in: *NRC Handelsblad*, 13/14 oktober 2007
- JONG, F.J. DE (1975), *De motieven van den rechter en de motivering van het vonnis*, in: *Nederlands Juristenblad*, pp. 541 – 546
- JONG, L. DE (1979), *Het Koninkrijk der Nederlanden in de Tweede Wereldoorlog: Londen, deel 9, tweede helft*, Den Haag: Staatsdrukkerij
- JONG, M.J. DE, (1997), *Grootmeesters van de sociologie*, Amsterdam/Meppel: Boom
- JONSEN, A.R. en S. TOULMIN (1988), *The Abuse of Casuistry*, Berkeley: University of California Press
- KAL, V. (1999), *Alasdair*, in: H. Achterhuis, J. Sperna Weiland, S. Teppema en J. de Visscher, *De denkers. Een intellectuele biografie van de twintigste eeuw*, Amsterdam / Antwerpen: Uitgeverij Contact
- KANT, I. (1788/2006), *Kritiek van de praktische rede*, Amsterdam: Boom [Origineel: *Kritik der praktische Vernunft*, vertaling: J. Veenbaas en W. Visser]

- KAPTEIN, H. (1996), Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica, in: E. Lissenberg e.a. (redactie), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- KENNEDY, D. (2004), Een linkse fenomenologische kritiek op de rechtsvindingstheorie van Hart en Kelsen, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 33, nr. 3, pp. 242 – 257 [Vertaling: P. Westerman]
- KISCH, I. (1952), Boekbeschouwing Verzamelde Geschriften, Deel I en II van prof. mr. Paul Scholten, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, pp. 529 – 545
- KÖHNE-HOEGEN, E. (2006), Over de socialisatie en (her)opvoeding van de raio, in: *Trema*, nr. 5, pp. 186 – 190
- KOPPEN, P.J. VAN en J. TEN KATE (1984), *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, Arnhem: Gouda Quint [Dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam]
- KOPPEN, P.J. VAN (1991), Juridische besluitvorming, in: J. Griffiths (red.), *Een kennismaking met de rechtssociologie en de rechtsantropologie. De effectiviteit van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 789 – 801
- KOPPEN, P.J. VAN (2002), Rechterlijke dwalingen, in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het recht van binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer
- KOPPEN, P.J. VAN en J. TEN KATE (2003), *De Hoge Raad in persoon. Benoemingen in de Hoge Raad der Nederlanden, 1838-2002*, Deventer: Kluwer
- KOTTENHAGEN, R.J.P. (1986), *Van precedent tot precedent*, Arnhem: Gouda Quint [Dissertatie]
- KRIPKE, S. (1982), *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford: Blackwell
- KRONMAN, A.T. (1993), *The Lost Lawyer. Failing Ideals for the Legal Profession*, Cambridge/Londen: The Belknap Press of Harvard University
- KUHN, T. (1962/1996), *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press (derde druk)
- KUITENBROUWER, F. (2007), De rechtspraak bureaucratiseert, in: *NRC-Handelsblad*, 9 januari 2007
- KUNNEMAN, F. (1991), *Rechtswetenschap*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- KWAK, A.J. (2005), *The Legal Junction. The Complex Promise of Modern Legal Professionalism*, Alblaserdam: Haveka
- LAHUIS, K. (2006), De reorganisatie, heeft die iets veranderd?, in: *Trema*, nr. speciaal, p. 439
- LANGEMEIJER, G.E. (1963), *De wijsbegeerte des rechts en de encyclopaedie der rechtswetenschap sedert 1880*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij
- LARENZ, K. en C.W. CANARIS (1995), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin / Heidelberg: Springer Verlag
- LATOUR, B. en S. WOOLGAR (1986), *Laboratory Life. The Construction of Scientific Facts*, Princeton: Princeton University Press
- LAVE, J. (1988), *Cognition in Practice*, Cambridge: Cambridge University Press

- LEIJTEN, J.C.M. (1991), *We need stories*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Afscheidsrede]
- LIPSEY, M.W. (2000), Meta-Analysis and the Learning Curve of Evaluation Practice, in: *American Journal of Evaluation*, jrg. 20, nr. 2, pp. 207 – 212
- LIPSKY, M. (1980), *Street-Level Bureaucracy. Dilemmas of the individual in public services*, New York: Russell Sage Foundation
- LOGISTER, L. (2004), *Creatieve democratie. John Dewey's pragmatisme als grondslag voor een democratische samenleving*, Budel: Damon
- LOTH, M.A. (1992), Wat rechters doen, in: C. Stolker en L. Valk (red.), *Als een goed huisvader. Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer
- LOTH, M.A. (1998a), Crisis in de juristerij, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 27, nr. 2, pp. 99 – 104
- LOTH, M.A. (2001), Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding, in: C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep (red.) *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint
- LOTH, M.A. (2005), Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, nr. 1, pp. 57 – 80
- LYNCH, M. (2001), Ethnomethodology and the Logic of Practice, in: T.R. Schatzki, K. Knorr Cetina en E. von Savigny (red.), *The Practice Turn in Contemporary Theory*, Londen/New York: Routledge
- MACINTYRE, A. (1981/1984), *After Virtue*, Notre Dame: University of Notre Dame Press (tweede druk)
- MAK, E. (2006), De structuur van effectiviteit en onafhankelijkheid. Een analyse van de herziening van de Nederlandse rechterlijke organisatie in het licht van het beginsel van onafhankelijkheid, in: *Trema*, nr. 9, pp. 373 – 381
- MANEN, N.F. VAN (1996), Rechtsvinding en intuïtie, in: E. Lissenberg e.a. (red.), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- MARIS, C.W. (1996), Inleiding: de Derde Man. Over de actualiteit van Paul Scholten, in: E. Lissenberg e.a. (redactie), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- MCKINNON, H.R. (1955), The Secret of Mr. Justice Holmes. An Analysis, in: J.J. Marke, *The Holmes Reader*, New York: Oceana Publications
- MERLEAU-PONTY, M. (1945), *La phénoménologie de la perception*, Parijs: Gallimard
- MINISTERIE VAN JUSTITIE, DIRECTIE RECHTSBESTEL (2006), *Beleidsreflectie rechtspleging en rechtsbijstand. Professionaliteit schept vertrouwen*, Den Haag: Ministerie van Justitie
- MONTAIGNE, M. DE (1580/2006), *Over de ervaring*, Amsterdam: Cossee [Origineel: De l'experience; vertaling: H. van Pinxteren]
- MOORE, W. (1970), *The Professions*, New York: Russell Sage Foundation
- MENAND, L. (1997), An Introduction to Pragmatism, in: L. Menand (red.), *Pragmatism*, New York: Vintage Books

- MENAND, L. (2001), *The Metaphysical Club*, Londen: Flamingo
- MÜLLER, E.R. (2001), *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde*, Universiteit Leiden [Oratie]
- NIEUWENHUIS, J.H. (1976), Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, pp. 494 – 515
- NOONAN, J.T. (1976), *Persons and Masks of the Law. Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as Makers of the Masks*, New York: Farrar, Straus en Giroux
- NRC HANDELSBLAD (1997), Rechters willen 100 miljoen om lagere werkdruk, in: *NRC Handelsblad*, 28 juli 1997
- NUSSBAUM, M.C. (1990), *Love's Knowledge. Essays on Philosophy and Knowledge*, New York: Oxford University Press
- PATERSON, A. (1984), *The Law Lords*, Hong Kong: The MacMillan Press Ltd.
- PECZENIK, A. (1989), *On Law and Reason*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers
- PELETIER, W.M. (1979), Scholten, Paulus (1875 – 1946), in: *Biografisch Woordenboek van Nederland*, Den Haag: Instituut voor Nederlandse Geschiedenis
- PENN-TE STRAKE, A. (2006), Laat rechtspraak eigen broodjes bakken, in: *NRC Handelsblad*, 22 juni 2006
- PEURSEN, C.A. VAN (1972) *Feiten, waarden en gebeurtenissen*, Kampen: J.H. Kok N.V.
- PITKIN, H.F. (1972), *Wittgenstein and Justice. On the Significance of Ludwig Wittgenstein for Social and Political Thought*, Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press
- POLAK, J.M. (1985), Theorie en praktijk der rechtsvinding, in: *Ars Aequi*, jrg. 34, nr. 12, pp. 734 – 737
- POLANYI, M. (1958), *Personal Knowledge. Towards a Post-critical Philosophy*, Londen: Routledge & Paul Kagan
- POLANYI, M. (1966), *The Tacit Dimension*, Gloucester: Peter Smith
- PONTIER, J.A. (1998), *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- POSNER, R.A. (1992), Introduction, in: R.A. Posner, *The Essential Holmes*, Chicago: The University of Chicago Press
- POSNER, R.A. (1997), A Pragmatist Manifesto, in: L. Menand, *Pragmatism. A Reader*, New York: Vintage Books
- POTTER, J. (1996), *Representing Reality. Discourse, Rhetoric and Social Construction*, Londen/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications
- PRECHAL, S. e.a. (2005), *'Europeanisation' of the Law: Consequences for the Dutch Judiciary*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak
- PRINS, A.W. (1999), Hans-Georg Gadamer, in: H. Achterhuis, J. Sperna Weiland, S. Teppema en J. de Visscher, *De denkers. Een intellectuele biografie van de twintigste eeuw*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Contact

- PRISMA (2006), *Iets duidelijker a.u.b. Klantwaarderingsonderzoeken onder de gerechten in de periode 2003 – 2005*, Amersfoort: Prisma
- PUTNAM, H. (1978), *Meaning and the Moral Sciences*, Londen: Routledge & Keegan Paul
- PUTNAM, H. (1981/1997), Fact and Value, in: L. Menand, *Pragmatism. A reader*, New York: Vintage Books
- RAAD VOOR DE RECHTSPRAAK (2006), *Jaarverslag Rechtspraak 2005*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak
- RAAD VOOR DE RECHTSPRAAK (2007), *Agenda van de Rechtspraak 2008 – 2011. Onafhankelijk en betrokken*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak
- RECHTBANK AMSTERDAM (2006), *Jaarverslag rechtbank Amsterdam 2005*, Amsterdam: Rechtbank Amsterdam
- REMARQUE, E.M. (1929/2005), *Im Westen nichts Neues*, Keulen: Verlag Kieperheuer & Witsch (vijfentwintigste druk)
- RHEE, C.H. VAN (2004), Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, nr. 4, pp. 196 – 201
- RICOEUR, P. (2000), *The Just*, Chicago: University of Chicago Press [Origineel: Le Juste: Éditions Esprits, vertaling: D. Pellauer]
- ROOZE, E.J. (1999), *Effectief strategisch probleem formuleren*, Delft: Eburon [Dissertatie Katholieke Universiteit Nijmegen]
- ROSS, L. en D. SHESTOWSKY (2003), Contemporary Psychology's Challenges to Legal Theory and Practice, in: *Northwestern University Law Review*, jrg. 97, nr. 3, pp. 1081 – 1114
- ROERMUND, G. VAN (2000), Sprongen bij Scholten, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 29, nr. 3
- RORTY, R. (1979/1997), Philosophy as a Kind of Writing: An Essay on Derrida, in: L. Menand, *Pragmatism. A reader*, New York: Vintage Books
- ROTTIER, H. (2001), *De rechter beslist*, Amsterdam: Wereldbibliotheek
- SARAMAGO, J. (2005), *Stad der zienden*, Amsterdam: J.M. Meulenhoff [Origineel: *Ensaio sobre e Lucidez*; vertaling: M. de Kort]
- SCHATZKI, T.R. (2001a), Introduction. Practice theory, in: T.R. Schatzki, K. Knorr Cetina en E. von Savigny, *The Practice Turn in Contemporary Theory*, Londen/New York: Routledge
- SCHATZKI, T.R. (2001b), Practice Mind-ed Orders, in: T.R. Schatzki, K. Knorr Cetina en E. von Savigny (red.), *The Practice Turn in Contemporary Theory*, Londen en New York: Routledge
- SCHILFGAARDE, P. VAN (2000a), Feiten en rechtsoordelen (I), in: *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, pp. 227 – 231
- SCHILFGAARDE, P. VAN (2000b), Feiten en rechtsoordelen (II, slot), in: *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, pp. 243 – 249

- SCHOLTEN, P. (1915/1949), Recht en levensbeschouwing, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1917/1949), Recht en liefde, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1918a/1949), Gerechtigheid en recht, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1918b/1949), Uitbouw en bouwen over de erfscheiding, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Derde deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1925/1949), Recht en billijkheid, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1927/1949), Recht en moraal, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1931/1974), *Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (derde druk)
- SCHOLTEN, P. (1932/1949), Recht en gerechtigheid, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1939/1949), Evangelie en recht, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1942/1949), De structuur der rechtswetenschap, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHOLTEN, P. (1944/1949), Kenmerken van het recht, in: P. Scholten, *Verzamelde Geschriften. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [Verzameld door G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein]
- SCHÖN, D.A. (1983), *The Reflective Practitioner. How Professionals Think in Action*, Basic Books
- SCHOORDIJK, H.C.F. (1972), *Oordelen en vooroordelen*, Deventer: Kluwer
- SCHOORDIJK, H.C.F. (1982), Boekbespreking Mr. G.J. Wiarda / Drie typen van rechtsvin-
ding (tweede druk), in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, nr. 2, pp. 160 – 166
- SCHWANDT, T.A. (2000a), Meta-Analysis and Everyday Life: The Good, the Bad, and the Ugly, in: *American Journal of Evaluation*, jrg. 20, nr. 2, pp. 213 – 219

- SCHWANDT, T.A. (2000b), Further Diagnostic Thoughts on What Ails Evaluation Practice, in: *American Journal of Evaluation*, jrg. 20, nr. 2, pp. 225 – 229
- SMILDE, M. (2007), Kwestie van organisatie en discipline. Interview met Flora Lagerwerf-Vergunst, in: *Intermediair Oriëntatiegids Juristen 2008*, pp. 24 – 27
- SMITH, C.E. (1997), De legistische erfenis: ‘clear’ en ‘hard’ cases, in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug en J.A. Pontier, *Op goede gronden: bijdragen aan het tweede symposium juridische argumentatie Rotterdam 14 juni 1996*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- SMITH, C.E. (1998), *Feit en rechtsnorm*, Maastricht: Shaker Publishing [Dissertatie Universiteit Leiden]
- SNIJDERS, H.J. (1978), *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter*, Deventer: Kluwer [Dissertatie Universiteit Leiden]
- SNIJDERS, H.J. (1997), Rechtsvinding door de burgerlijke rechter in (dood)gewone zaken, in: *Trema*, nr. 2, pp. 43 – 48
- SNIJDERS, H.J., M. YZONIDES en G.J. MEIJER (1993), *Nederlands burgerlijke procesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink
- SOEHARNO, J.E. (2005), Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 34, nr. 3, pp. 235 – 261
- SORABJI, R. (1980), Aristotle on the Role of Intellect in Virtue, in: A. Oksenberg Rorty (red.), *Essays on Aristotle's Ethics*, Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press
- STIGTER, B. (2008), De dialoog is de handling, in: *NRC Handelsblad: Cultureel Supplement*, vrijdag 25 januari 2008
- STOLKER, C.J.J.M. (2003), ‘Ja, geléerd zijn jullie wel!’, Over de status van de rechtswetenschap, in: *Nederlands Juristenblad*, nr. 15, pp. 766 – 778
- STOLKER, C.J.J.M. (2004), Wat maakt een juridisch tijdschrift wetenschappelijk?, in: *Nederlands Juristenblad*, 30 juli 2004, afl. 28, pp. 1409 – 1418
- STRAUSS, A.L. (1993), *Continual Permutations of Action*, Hawthorne: Aldine de Gruyter
- SUCHMAN, L. (1987), *Plans and Situated Actions. The Problem of Human-Machine Communication*, Cambridge (MA): Cambridge University Press
- TAEKEMA, S. (2002), Pragmatisme en privaatrecht. Een op waarden gerichte benadering, in: *Recht der Werkelijkheid*, pp. 33 – 43
- TAEKEMA, S. (2003), *The Concept of Ideals in Legal Theory*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer [Dissertatie Universiteit Tilburg]
- TAYLOR, C. (1977), Interpretation an the Sciences of Man, in: F.R. Dallmayr en T.A. McCarthy (red.), *Understanding and Social Inquiry*, Londen: University of Notre Dame Press
- TAYLOR, C. (1991/2007), *De malaise van de moderniteit*, Kampen/Kapellen: Ten Have/Pelckmans [Origineel: *The Malaise of Modernity*, vertaling: M. van der Marel]

- TAYLOR, C. (1995a), Overcoming Epistemology, in: C. Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge: Harvard University Press
- TAYLOR, C. (1995b), Lichtung or Lebensform: Parallels between Heidegger and Wittgenstein, in: C. Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge: Harvard University Press
- TAYLOR, C. (1995c), The Validity of Transcendental Arguments, in: C. Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge: Harvard University Press
- TAYLOR, C. (1995d), To Follow a Rule, in: C. Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge: Harvard University Press
- TAYLOR, C. (2002), Gadamer on the Human Sciences, in: R.J. Dostal, *The Cambridge Companion to Gadamer*, Cambridge: Cambridge University Press
- TELDERS, B.M. (1927), *Staat en volkenrecht: proeve van rechtvaardiging van Hegel's volkenrechtsleer*, Leiden: Universiteit Leiden [Dissertatie Universiteit Leiden]
- THION, P. (2006), Voor een narratieve benadering van de rechtsvinding. De oorzaak van de vordering bekeken vanuit semiotisch perspectief, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 35, nr. 2, pp. 99 – 118
- TONGEREN, P. VAN (1990), Recht en hermeneutiek, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 19, nr. 3, pp. 148 – 154
- TRIGG, R. (1988), *Ideas of Human Nature. An Historical Introduction*, Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers
- VEEN, T. (1996), Over eclectisch gebruik van Scholtens Algemeen Deel, in: E. Lissenberg e.a. (redactie), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- VEENBAAS, J. en W. VISSER (2006), Kants pleidooi voor het primaat van de ethiek, in: Immanuel Kant, *Kritiek van de praktische rede*, Amsterdam: Boom [Ten geleide bij vertaling *Kritik der praktischen Vernunft*]
- VERBRUGGE, A. (2005), Het procesdenken van managers berooft de wereld van zijn bezieling, in: *NRC Handelsblad* [18 – 19 juni 2005]
- VERHEIJ, L. (2005), Een visie vanuit de gerechtshoven, in: *Trema*, nr. 5, pp. 189 – 193
- VERHORST, M. (1996), Het recht van het recht is ook recht, in: E. Lissenberg e.a. (red.), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- VERLAAN, J. (2005), 'Rechters maken te veel fouten', in: *NRC Handelsblad*, 29 januari 2005
- VERWOERD, J.R.A., E.R. BLANKENBURG, G.R. RUTGERS en L.Th.L.G. PELLIS (1987), Recht doen door de kantonrechter: confectie of maatwerk?, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1987, nr. 8
- VINCKX, Y. (1998), Rechters moeten mee veranderen, in: *NRC Handelsblad*, 21 januari 1998
- VISSER, F. (2007), Een dag uit het leven van een kantonrechter, in: *Ars Aequi*, jrg. 56, nr. 6, pp. 485 – 486
- VISSER 'T HOOFT, H. Ph. (1975), Rechtsvinding als filosofische puzzle, in: *Nederlands Juristenblad*, nr. 11, pp. 337 – 344

- VISSER 'T HOOFT, H. Ph. (1988), *Filosofie van de rechtswetenschap*, Leiden: Martinus Nijhoff
- VOLKSKRANT, DE (2006), Stop onteigening beroepseer, in : *De Volkskrant*, 6 april 2006
- VRANKEN, J.B.M. (1978), *Kritiek en methode in de rechtsvinding*, Deventer: Kluwer [Dissertatie Katholieke Universiteit Nijmegen]
- VRANKEN, J.B.M. (1995), *Algemeen deel ***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink
- VRANKEN, J.B.M. (2005), *Algemeen deel ****, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink
- WAGENAAR, H. (2002), Value Pluralism in Public Administration. Two Perspectives on Administrative Morality, in: J.S. Jung (red.), *Rethinking Administrative Theory. The Challenge of the New Century*, Londen: Praeger
- WAGENAAR, H. (2004), Knowing the Rules. Administrative Work as Practice, in: *Public Administration Review*, jrg. 64, nr. 6, pp. 643 – 656
- WAGENAAR, H. (2007), *Interpretation and Dialogic in Policy Analysis* [concept; verschijnt in 2008 bij M.E. Sharpe, Armonk (New York)]
- WAGENAAR, H. en S.D.N. COOK (2003), Understanding Policy Practices: Action, Dialectic and Deliberation in Policy Analysis, in: M. Hajer en H. Wagenaar (red.), *Deliberative Policy Analysis: Understanding Governance in the Network Society*, Cambridge: Cambridge University Press
- WAGENAAR, H. en S.D.N. COOK (2005), *An Epistemology of Practice* [concept]
- WAGENAAR, H. en R. WEISS (2004), *Revisiting Grounded Theory: Theory and Generalization in Qualitative Research* [concept]
- WAGENAAR, W.A. (2005), Diagnostisch bewijs, in: M.J. Sjerps en J.A. Coster van Voorhout (red.), *Het onzekere bewijs. Het gebruik van statistiek en kansberekening in het strafrecht*, Deventer: Kluwer
- WAGENAAR, W.A. (2006), *Vincent plast op de grond. Nachtmerries in het Nederlands recht*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker
- WEBER, M. (1924/1968), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: J.C.B. Mohr (derde druk)
- WEIS, R.S. (1994), *Learning from Strangers. The Art and Method of Qualitative Interview Studies*, New York: The Free Press
- WENDT, J.A.I. (2005), Popper en de rechtswetenschap. Kanttekeningen bij het huidige debat, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, nr. 4, pp. 181 – 191
- WENGER, E. (1998), *Communities of Practice. Learning, Meaning, and Identity*, Cambridge: Cambridge University Press
- WERD, M.F.J.M. DE (2007), Constitutioneel partnerschap, in: M. van Berckel en Y. Roijers, *Rechtspraak 2015*, Den Haag: Sdu Uitgevers
- WESTENBERG, J.W. (2006), Een zoektocht naar de feiten?, in: Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, en*

- kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht*, Amsterdam: Boom Juridische Uitgevers
- WIARDA, G.J. (1963/1999), *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (vierde druk)
- WILD, A.H. DE (1979), *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel*, Deventer: Kluwer [Dissertatie]
- WITTGENSTEIN, L. (1922/1963), *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (tweede druk)
- WITTGENSTEIN, L. (1953/2003), *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (derde druk)
- WOLTHUIS, A.J. (2000), Een galerij van rechterbeelden, in: *Trema*, nr. 10, pp. 471 – 473
- ZIJDERVERELD, A.C. (1991/1992), *De samenleving als schouwspel. Een sociologisch leer- en leesboek*, Utrecht: Lemma (tweede druk)
- ZWART, H. (2005), *Denkstijlen*, Nijmegen: Valkhofpers

Index

Achtergrondkennis	2.4.2, 2.4.3, 2.5.2, 3.2.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.2, 4.5, 5.3.2, 6.4.2, 6.7.3 en 7.2.1
Aristoteles	6.6.2
Autonomie, rechterlijke of professionele	1.3.2, 1.5, 2.3.1, 2.3.3, 4.4.1, 6.3.3, 6.5.2 en 7.3.1
Begripsvorming	1.4.1, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.5.2, 3.2.1, 3.2.4, 3.3.3, 3.3.5, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.2, 4.4.3, 4.4.1, 4.4.2, 4.4.3, 4.5, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.3, 5.4, 6.3.1, 6.3.3, 6.4.2, 6.4.3, 6.5.1, 6.5.3, 6.7 en 7.2.1
Belichaming	2.4.3, 4.3.2, 6.3.1, 6.4.1, 6.4.3, 7.2.1 en 7.2.2
Betekenisverlening (zie begripsvorming)	
Bewijs	1.2, 1.3.2, 1.4.2, 4.2, 4.5, 5.1, 5.2, 5.3.1, 5.3.3, 5.4 en 6.3.2
Bourdieu, Pierre	1.3.1, 1.5, 2.4.2, 4.1, 4.3.3, 6.4.3 en 7.2.1
Comparitie	epiloog, 1.2, 1.3.2, 2.2.2, 2.2.4, 2.3.2, 2.4.1, 2.4.3, 4.4.1, 5.2, 5.3.1, 5.4, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.4.2, 6.5.1 en 7.3.1
Context (zie setting)	
Correspondentie-theorie	5.1 en 5.3
Dewey, John	1.4.1, 1.5, 3.2, 6.3.2, 6.3.3, 6.4.1, 6.4.2, 6.5.1, 6.5.2 en 6.6.1
Dialectiek	2.4.2, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.5, 4.4.1, 4.4.3, 5.3.2, 6.5.1, 6.5.2 en 6.7
Dialogoog	4.4.2, 4.5, 5.4, 6.3.1 en 6.3.3
Dunné, Jan van	1.3.1, 1.3.2, 3.3.3, 3.4, 4.4.1, 6.3.2 en 6.6.2
Eenvoudige gevallen	1.2, 1.4.2, 2.3.3, 4.1 en 7.2.2
<i>Embodied agency</i> (zie belichaming)	
Ervaring	1.5, 2.4.1, 2.4.2, 3.2.1, 3.2.4, 3.3.5, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.3, 4.5, 5.4, 6.3.1, 6.4.1, 6.5.1, 6.5.3, 6.6.2, 6.7 en 7.2.1
Ethiek (zie morele oordeelsvorming)	
<i>Experience</i> (zie ervaring)	
Feitenconstructie	5.3.2, 5.3.3, 5.4 en 7.2.2

Gadamer, Hans-Georg	1.5, 2.4.2, 4.4, 4.4.1, 4.4.3, 6.5.1 en 7.2.1
Geweten	3.3.2, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.5 en 3.4
Habitus	6.4.3, 7.2.1 en 7.3.1
Handeling, rechtsppraak als	1.4.2, 1.5, 2.4.1, 2.4.3, 3.3.4, 3.4, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.2, 4.4.3, 5.3.2, 5.4, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.4.1, 6.4.2, 6.4.3, 6.5.2, 6.6.1, 6.7 en 7.2.1
Handelingspraktijk	2.3.3, 3.2.1, 3.2.4, 4.1, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.2, 4.5, 5.3.2, 5.3.3, 6.3.1, 6.4.2, 6.6.1, 7.2.1 en 7.2.2
Hermeneutiek	2.4.2, 4.4, 4.4.1, 4.4.2, 4.4.3, 5.3.2 en 7.2.1
Holmes, Oliver Wendel	1.4.2, 2.3.3, 4.1, 4.3.1, 6.4.3, 6.6.1, 6.6.2 en 7.2.1
Imaginaire beslissingsruimte	6.3.3 en 6.7
Intuïtie	1.5, 2.4.2, 2.4.3, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.5, 6.6.2 en 6.7
<i>Ius in causa positum</i>	4.5 en 7.3.1
Kennis	1.3.2, 1.4.1, 1.4.2, 1.5, 2.3.2, 2.3.3, 2.4.1, 2.4.2, 3.3.2, 3.4, 4.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.3, 4.5, 6.5.1 en 7.2.1
Kwaliteit rechtspraak	2.2.3, 2.3.3 en 7.2.2
MacIntyre, Alasdair	1.4.1, 1.5, 2.4.2, 6.4.3, 6.5.3, 6.6 en 6.6.1
Morele oordeelsvorming	3.2.3, 3.3.5, 6.6.1, 6.7 en 7.2.1
Natuurrecht	3.2.2 en 3.3.2
Overtuiging, groeiende	1.2, 5.3.1, 5.4, 6.3.3, 6.7 en 7.2.1
Overtuiging, beredeneerde	1.2, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.5, 5.3.1, 6.3.3, 6.7 en 7.2.1
Pragmatisme	3.2 en 3.4
Praktisch kennen	6.5.1, 6.5.2, 6.5.3, 6.6.2, 6.7 en 7.2.1
Praktische wijsheid	1.5, 2.3.1, 2.4.3, 3.3.5, 6.6.2, 6.7, 7.2.1, 7.2.2 en 7.3.1
Professionaliteit (zie autonomie)	

Rationeel-positivisme	1.3.2, 1.4.1, 1.4.2, 1.5, 2.3.1, 2.3.2, 2.4, 2.5.2, 3.3.2, 5.3.3, 6.3.2, 6.4.1, 7.2.2 en 7.3.1
Ratio	1.4.1, 1.5, 2.4.2, 3.2.2, 3.3.2, 3.3.5, 3.4, 4.4.3, 6.3.2 en 6.5.1
Rechtsrealisme	1.3.1, 3.2, 3.2.3 en 3.4
Rechtvaardigheid	1.5, 3.2.4, 3.3.1, 3.3.3, 3.3.4, 3.4, 6.5.2, 6.6.1, 6.6.2, 6.7 en 7.2.1
Rechtsontologie	3.2.2, 3.3.2 en 3.4
Regeltoepassing	4.1, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 7.2.1 en 7.2.2
Repertoire (zie Vorverstandnis)	
Routines	1.2, 2.4.1, 2.4.3, 5.3.2, 5.3, 6.4.1, 6.4.2, 6.4.3, 6.5.1, 6.6.1, 7.2.1 en 7.2.2
Scholten, Paul	1.2, 1.3.1, 1.4.1, 1.4.2, 1.5, 3.1, 3.3, 3.3.1, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.5, 3.4, 4.1, 4.3.1, 4.4.2, 4.4.3, 6.3.3, 6.6.1, 6.6.2, 6.7 en 7.2.1
Setting	1.5, 2.3.3, 2.4.1, 2.5.2, 3.2.1, 3.3.3, 4.3.2, 4.4.3, 5.3.1, 5.3.2, 5.4, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.4.2, 6.5.2, 6.7 en 7.2.1
Sprong	3.3.4, 4.4.2, 4.4.3, 4.5, 6.1, 6.3.2, 6.5.1, 6.6.2, 6.7 en 7.2.1
Systeem	2.4.1, 3.2.1, 3.3.2, 3.3.3, 3.4, 4.4.3, 6.3.1, 6.3.2 en 6.4.1
Taal, taaluitingen, taalbegrip	4.4.2, 4.5, 5.3.1, 5.3.2, 5.4, 6.3.3, 6.4.3, 6.7 en 7.2.1
Taylor, Charles	1.4.1, 1.5, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 4.1, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.2, 5.3, 6.3.1, 6.4.1, 6.4.2, 6.5.1, 6.5.2 en 7.2.2
Vooroordelen	3.2.1, 4.4.1 en 7.2.1
Vorverstandnis	4.4.1, 4.4.2, 4.4.3, 4.5, 6.4.1, 6.5.1 en 7.2.1
Wagenaar, Henk	1.2, 1.3.2, 1.4.1, 1.5, 2.4, 2.4.1, 2.4.3, 2.5.2, 3.3.5, 4.3.1, 4.3.2, 4.4.1, 5.3.3, 5.4, 6.3.1, 6.3.3, 6.4.2, 6.4.3, 6.5.2, 6.6.1 en 7.2.1
Wittgenstein, Ludwig	1.5, 2.4.1, 4.1, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 5.1, 6.5.3 en 7.2.1

Curriculum Vitae

Rogier Hartendorp (33) heeft van 1987 tot 1993 zijn V.W.O. aan het Dr. Schaepmancollege in Dongen doorlopen. In 1999 is hij afgestudeerd aan de Erasmus Universiteit Rotterdam in de Bestuurskunde en het Nederlands Recht (afstudeerrichting privaatrecht). Na zijn studie is hij als advocaat in Amsterdam werkzaam geweest op het terrein van het bank- en effectenrecht, het milieurecht en het bestuursrecht. Sinds 2003 werkt hij als adviseur bij de Raad voor de rechtspraak, waar hij zich bezig houdt met verschillende onderwerpen op het terrein van het civiele recht, digitaal procederen, kennismanagement en de coördinatie van de wetgevingsadvisering. Hij woont met zijn partner Marieke Stam en dochter Nienke in Den Haag en verwacht eind mei een tweede kind.

